Freiheitseinschränkungen für Ungeimpfte
Die Verfassungswidrigkeit des indirekten COVID-19-Impfzwangs

Rechtsgutachten

vorgelegt von

Professor Dr. Dietrich Murswiek

im Auftrag
der Initiative freie Impfentscheidung e.V.

4. Oktober 2021

Gliederung

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BAnz	Bundesanzeiger
Bd.	Band
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DIVI	Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
et al.	et alii (und andere)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GMR	Gesundheitsministerkonferenz
Hdb. InfSchR	Handbuch des Infektionsschutzrechts
HGR	Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte
HStR	Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts
i.e.S.	im engeren Sinne
IfSG	Infektionsschutzgesetz
ITS	Intensivstation(en)
KW	Kalenderwoche
mdr	Mitteldeutscher Rundfunk
m. Nachw.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.	oben
PEI	Paul-Ehrlich-Institut
RKI	Robert Koch-Institut
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
SchAusnahmV	COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
STIKO	Ständige Impfkommission beim RKI
u.a.	und andere
VO	Verordnung
WMA	World Medical Association (Weltärztebund)

A. Sachverhalt und Fragestellung

1 Die Bundesregierung hat sich zwar darauf festgelegt, dass es in der COVID-19-Pandemie in Deutschland keine Impfpflicht geben solle. Seit einiger Zeit wird in den Medien und seitens der Politik aber immer wieder die Forderung erhoben, man müsse den „Druck auf die Ungeimpften erhöhen“, damit diese dazu gebracht werden, sich impfen zu lassen. Das Mittel der Wahl hierfür soll es sein, die Ungeimpften weitgehend vom gesellschaftlichen und kulturellen Leben auszuschließen oder ihnen jedenfalls den Zugang zum gesellschaftlichen und kulturellen Leben wesentlich zu erschweren. Die Ungeimpften, so heißt es seitens der Politik immer wieder, müssten die Konsequenzen ihres Verhaltens tragen. Während die Geimpften und die Genesenen „ihre Freiheiten zurückbekämen“, könne dies für die Ungeimpften nicht gelten.

I. Aktuell geltende Beschlüsse und Vorschriften

2 Dieses Gutachten untersucht den grundsätzlichen Regelungsansatz, Ungeimpften Freiheiten vorzuenthalten, die man Geimpften und Genesenen „zurückgegeben“ hat. Es untersucht nicht die Details der Rechtslage in den Bundesländern. Da die Rechtslage vorgeprägt ist durch einen Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz mit der Bundeskanzlerin, kann davon ausgegangen werden, dass dieser Beschluss in den Ländern im wesentlichen ähnlich umgesetzt worden ist. Deshalb werden im folgenden nur der Bund-Länder-Beschluss und die Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung dargestellt.

1. Der Bund-Länder-Beschluss vom 10. August 2021

3 Die Bundeskanzlerin und die Ministerpräsidenten der Länder haben am 10.8. 2021 beschlossen,[1] dass Ungeimpfte im Unterschied zu Geimpften und Genesenen Zugang zu bestimmten Einrichtungen, zu Veranstaltungen in Innenräumen, zu Hotels und anderen Beherbergungseinrichtungen sowie zu Großveranstaltungen (auch in freier Luft) nur bei Vorlage eines negativen Corona-Tests erhalten sollen. Die Kosten für die Tests sollen (ab 11.10.2021) die Ungeimpften selbst tragen. Und während für symptomfreie Geimpfte und Genesene, die enge Kontaktpersonen eines SARS-CoV-2-Infizierten sind, keine Quarantänepflicht mehr gelten soll, müssen ungeimpfte Kontaktpersonen nach wie vor in Quarantäne. Entsprechendes gilt für die Quarantänepflicht bei Rückreise aus einem Hochrisikogebiet.

4 Die betreffenden Passagen des Beschlusses lauten wie folgt:

1. Wer über einen **vollständigen Impfschutz verfügt**, schützt damit sich und andere vor der Ansteckung durch das SARS-CoV2-Virus und damit die Gesellschaft vor einer erneuten Ausbreitungswelle des Virus. Über eine vergleichbare Immunität verfügt, wer von einer COVID19-

[1] Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 10. August 2021, https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1949532/d3f1da493b643492b6313e8e6ac64966/2021-08-10-mpk-data.pdf?download=1 (abgerufen am 10.8.2021).

Erkrankung genesen ist[1]. Geimpfte und Genesene werden deshalb von bundes- oder landesrechtlichen Regelungen, die Testauflagen vorsehen, ausgenommen[2]. Darüber hinaus hat das RKI seine Empfehlungen zur **Quarantäne von Kontaktpersonen** dahingehend angepasst, dass für symptomlose enge Kontaktpersonen mit einer vollständig abgeschlossenen Immunisierung eine Quarantänepflicht grundsätzlich nicht mehr erforderlich ist. Geimpfte und Genesene sind auch von der Quarantänepflicht bei der Rückreise nach Deutschland aus einem Hochrisikogebiet ausgenommen.

[1] eine Auffrischimpfung bei Genesenen ist nach 6 Monaten erforderlich (nach 4 Wochen bereits möglich)

[2] Rechtliche Vorgaben und Schutzkonzepte für medizinische Einrichtungen, Alten- und Pflegeeinrichten sowie Einrichtungen der Behindertenhilfe können zum Schutz der besonders vulnerablen Gruppen abweichende Vorgaben enthalten. Siehe hierzu die jeweiligen Empfehlungen des RKI. Vorgaben, die zum Schutz vor möglichen neuen Virusvarianten dienen, bei denen die Wirksamkeit der Impfung unklar oder ungenügend ist, können ebenfalls abweichen.

3. […]

4. Um den weiteren Anstieg der Infektionszahlen in Deutschland zu vermeiden, werden die Länder im Sinne der **3G-Regel (Zutritt nur für geimpfte, genesene oder getestete Personen)** durch entsprechende Verordnungen oder Verfügungen spätestens ab dem 23. August 2021 für alle Personen, die weder vollständig Geimpfte noch Genesene sind eine Pflicht zur Vorlage eines negativen Antigen-Schnelltests, der nicht älter ist als 24 Stunden oder eines negativen PCR-Tests, der nicht älter ist als 48 Stunden, Testpflichten vorsehen. Ausgenommen sind Kinder bis zum 6. Lebensjahr generell und darüber hinaus Schüler, weil Schüler im Rahmen eines verbindlichen schulischen Schutzkonzeptes regelmäßig getestet werden.

   Tests sollen Voraussetzung sein für:

   a. Zugang als Besucher zu Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen sowie Einrichtungen der Behindertenhilfe

   b. Zugang zur Innengastronomie

   c. Teilnahme an Veranstaltungen und Festen (z.B. Informations-, Kultur- oder Sportveranstaltungen) in Innenräumen

   d. Inanspruchnahme körpernaher Dienstleistungen (z. B. Friseur, Kosmetik, Körperpflege)

   e. Sport im Innenbereich (z.B. in Fitness-Studios, Schwimmbädern oder Sporthallen)

   f. Beherbergung: Test bei Anreise und zwei Mal pro Woche während des Aufenthalts

   Die Länder können Regelungen vorsehen, dass die 3G-Regel ganz oder teilweise ausgesetzt wird, solange die 7-Tage-Inzidenz in einem Landkreis stabil unter 35 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern liegt oder das Indikatorensystem eines Landes (das weitere Faktoren einbezieht, wie zum Beispiel Hospitalisierung) ein vergleichbar niedriges Infektionsgeschehen widerspiegelt und ein Anstieg der Infektionszahlen durch die Aussetzung der Regelungen nicht zu erwarten ist.

   Die Erforderlichkeit der 3G-Regel wird mindestens alle vier Wochen überprüft.

5. Die kostenlosen Bürgertests haben einen wichtigen Beitrag geleistet, um die dritte Welle der SARS-CoV2-Pandemie in Deutschland zu unterbrechen und haben den Bürgerinnen und Bürgern zusätzliche Sicherheit im Alltag gegeben. Da mittlerweile allen Bürgerinnen und Bürgern

ein unmittelbares Impfangebot gemacht werden kann, ist allerdings eine dauerhafte Übernahme der Kosten für alle Tests durch den Bund und damit den Steuerzahler nicht angezeigt. Daher wird der Bund das **Angebot kostenloser Bürgertests** für alle mit Wirkung vom 11. Oktober 2021 beenden. Für Personen, die nicht geimpft werden können und für die keine allgemeine Impfempfehlung vorliegt (insbesondere Schwangere, Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren), wird es weiterhin die Möglichkeit zum kostenlosen Antigen-Schnelltest geben.

6. Großveranstaltungen, Veranstaltungen in geschlossenen Räumen, Feiern, Bars und Clubs sind die **Bereiche, die mit einem besonders hohen Risiko für Mehrfachansteckungen („superspreading events")** verbunden sind. Dieses Risiko steigt noch einmal erheblich, wenn von den Teilnehmern nicht während des gesamten Verlaufs feste Sitzplätze mit entsprechenden Abständen eingenommen werden. In Innenräumen spielt der Luftaustausch, etwa durch raumlufttechnische Anlagen, eine erhebliche Rolle. Daher sind für diese Bereiche dem zuständigen Gesundheitsamt Hygienekonzepte vorzulegen, die alle diese Aspekte gewichten und das Ansteckungsrisiko wirksam minimieren. Die Länder und Kommunen werden weiterhin ergänzend zur 3G-Regelung durch einschränkende Regelungen oder situationsbezogenen Entscheidungen im Einzelfall die zulässige Teilnehmerzahl und den Zugang begrenzen, wo dies erforderlich ist. Die Länder sind sich einig, dass über die 3G-Regelung hinaus bei Sportgroßveranstaltungen oberhalb einer absoluten Zahl von 5.000 Zuschauenden die zulässige Auslastung bei maximal 50 Prozent der jeweiligen Höchstkapazität liegt, jedoch nicht bei mehr als insgesamt 25.000 Zuschauenden.

5 Bei diesem Beschluss handelt es sich um eine politische Einigung von Bund und Ländern. In verbindliches Recht wird er durch Rechtsverordnungen der Länder umgesetzt.

2. Die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung

6 Rechtlich ermöglicht werden Ausnahmen von Geboten und Verboten im Rahmen der Corona-Bekämpfung ausdrücklich bereits durch § 28c IfSG, der im Kontext mit der „Bundes-Notbremse" (§ 28b IfSG) in das Gesetz eingefügt worden ist, aber nach dem Außerkrafttreten der „Notbremse" weiter gilt und sich in seinem Anwendungsbereich auf alle im Rahmen des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenen Gebote und Verbote – also insbesondere auch auf Corona-Maßnahmen auf der Grundlage von § 28a IfSG – erstreckt. Diese Vorschrift lautet:

§ 28c Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln. Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat. Wenn die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung nach Satz 1 Gebrauch macht, kann sie zugleich die Landesregierungen ermächtigen, ganz oder teilweise in Bezug auf von den Ländern nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes

erlassene Gebote und Verbote für die in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen oder Ausnahmen zu regeln. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen.

7 Auf der Basis dieser Ermächtigung hat die Bundesregierung die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) erlassen.[2] Zweck dieser Verordnung ist es nach § 1 Abs. 1,

Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes oder von auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen Geboten und Verboten für Personen zu regeln,

1. bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder
2. die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können.

8 Die Verordnung sieht im Abschnitt 2 (§§ 3-6) eine Reihe von Ausnahmen und Erleichterungen für Geimpfte und Genesene bezüglich der Verbote und Gebote im Rahmen der „Bundes-Notbremse“ (§ 28b Abs. 1 IfSG) vor. Nachdem diese Vorschrift am 30.6.2021 außer Kraft getreten ist (§ 28b Abs. 10 IfSG), haben diese Vorschriften keine Bedeutung mehr.

9 Weiterhin von Bedeutung sind aber nicht nur die Definitionen der relevanten Begriffe (insbesondere „asymptomatische Person“, „geimpfte Person“, „genesene Person“, „getestete Person“) in § 2, sondern auch der Abschnitt 3 (§§ 7-11), wo Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten vorgesehen sind, die sich aus landesrechtlichen Normen ergeben.

Wenn eine landesrechtliche Vorschrift für negativ Getestete festlegt, dass sie von Geboten oder Verboten ausgenommen sind, gilt dies gemäß § 7 auch für Geimpfte und Genesene.

10 Wenn Landesrecht für private Zusammenkünfte die Zahl der Personen beschränkt, gilt diese Beschränkung nach § 8 Abs. 1 nicht für Zusammenkünfte, an denen ausschließlich Geimpfte und Genesene teilnehmen, und wenn auch Ungeimpfte teilnehmen, werden nach Absatz 2 bei der Ermittlung der höchstzulässigen Teilnehmerzahl die Geimpften und Genesenen nicht mitgezählt.

11 Ausgangsbeschränkungen gelten nach § 9 nicht für geimpfte und genesene Personen.

12 Auch eine landesrechtlich vorgesehene Absonderungspflicht (Quarantänepflicht) gilt nach § 10 Abs. 1 grundsätzlich nicht für Geimpfte und Genesene (ausgenommen bei Kontakt zu einer mit einer besonders gefährlichen Virusvariante infizierten Person, Absatz 2 Nr. 1, und bei Einreise aus einem Virusvarianten-Gebiet, Absatz 2 Nr. 2.).

[2] Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) vom 8.5.2021, BAnz AT 8.5.2021 V1.

13 Außerdem werden die Landesregierungen ermächtigt, Erleichterungen und Ausnahmen von landesrechtlichen Ge- und Verboten für geimpfte, genesene und getestete Personen zu regeln (§ 11).

3. Optionsmodelle in den Ländern

14 Zuerst Hamburg[3] und dann weitere Länder haben ein Optionsmodell eingeführt. Danach können Veranstalter und Einrichtungen – beispielsweise Betreiber von Diskotheken – wählen, ob sie den Zugang von der Erfüllung der 3G- oder der 2G-Kriterien abhängig machen. Entscheiden sie sich für die Anwendung der 2G-Regel, entfallen für ihre Einrichtung die bei 3G geltenden Einschränkungen wie beispielsweise Begrenzung der Zahl der Teilnehmer/Gäste, Abstandsvorschriften, Maskenpflicht. Das ist – je nach genauerer Ausgestaltung der Regelungen – ein erheblicher bis sehr starker wirtschaftlicher Anreiz, sich für 2G zu entscheiden, da dies eine größere Kapazitätsausschöpfung ermöglicht und mit Wegfall der Maskenpflicht ein zusätzlicher Anreiz für das Publikum geschaffen wird, die Veranstaltung/Einrichtung zu besuchen.

4. Quarantäne-Vorschriften

15 Quarantänepflichten bestehen für Reiserückkehrer aus Hochrisikogebieten und aus Virusvariantengebieten (§ 4 der Coronavirus-Einreiseverordnung[4]) sowie für Menschen, die sich aufgrund Anordnung der zuständigen Behörde absondern müssen, weil sie – z.B. wegen Kontakts zu einer PCR-positiven Person – als ansteckungsverdächtig gelten.

16 Wie oben schon zitiert (Rn. 4), stellt der Bund-Länder-Beschluss vom 10.8.2021 fest, dass das RKI seine Empfehlungen zur Quarantäne von Kontaktpersonen dahingehend angepasst habe, dass für symptomlose enge Kontaktpersonen mit einer vollständig abgeschlossenen Immunisierung eine Quarantänepflicht grundsätzlich nicht mehr erforderlich ist. Geimpfte und Genesene seien auch von der Quarantänepflicht bei der Rückreise nach Deutschland aus einem Hochrisikogebiet ausgenommen.

17 Im September 2021 haben die Gesundheitsminister der Länder im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Gesundheit folgenden Beschluss gefasst:[5]

> 1. Die Länder werden spätestens ab dem 1. November 2021 denjenigen Personen keine Entschädigungsleistungen gemäß § 56 Absatz 1 IfSG mehr gewähren, die als Kontaktpersonen oder als Reiserückkehrer aus einem Risikogebiet bei einem wegen COVID-19 behördlich

---

[3] Aktuell geltende Rechtsgrundlage: Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO), zul. geänd. durch VO vom 17.9.2021, HmbGVBl. S. 625 (gültig ab 18. September 2021): „Zwei-G-Zugangsmodell" § 10j und z.B. §§ 11 Abs. 1, 12 Abs. 2, 13a Abs. 3, 15, 15a, 16 Abs. 1.

[4] Verordnung zum Schutz vor einreisebedingten Infektionsgefahren in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Einreiseverordnung – CoronaEinreiseV) vom 30.7.2021, BAnz 30.7.2021 V1, https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/jKLHRra6ubgMcwE49Jw/content/jKLHRra6ubgMcwE49Jw/BAnz%20AT%2030.07.2021%20V1.pdf?inline.

[5] Gesundheitsministerkonferenz (GMK), Entschädigungsleistungen gem. § 56 IfSG für Personen ohne Impfschutz gegen COVID-19, September 2021, https://www.gmkonline.de/Beschluesse.html?uid=228&jahr=2021 (abgerufen am 26.9.2021).

angeordneten Tätigkeitsverbot oder behördlich angeordneter Absonderung keinen vollständigen Impfschutz mit einem auf der Internetseite des Paul-Ehrlich-Instituts (www.pei.de/impfstoffe/covid-19) gelisteten Impfstoff gegen COVID-19 vorweisen können, obwohl für sie eine öffentliche Empfehlung für eine Schutzimpfung nach § 20 Absatz 3 IfSG vorliegt.

2. Die Entschädigungsleistung gemäß § 56 Abs. 1 IfSG wird weiterhin Personen gewährt, für die in einem Zeitraum von bis zu acht Wochen vor der Absonderungsanordnung oder des Tätigkeitsverbots keine öffentliche Empfehlung für eine Impfung gegen COVID-19 vorlag. Gleiches gilt, sofern eine medizinische Kontraindikation hinsichtlich der COVID-19-Schutzimpfung durch ärztliches Attest bestätigt wird.

II. Zusammenfassende Beschreibung der Problemlage

18 Während Geimpfte und Genesene uneingeschränkten Zugang zum gesellschaftlichen und kulturellen Leben haben, wird Ungeimpften der Zugang dadurch erschwert, dass sie an Zusammenkünften in geschlossenen Räumen – außer im privaten Bereich – nur teilnehmen dürfen, wenn sie einen negativen Corona-Test nachweisen, der nicht älter als 24 Stunden (Antigen-Schnelltest) beziehungsweise 48 Stunden (PCR-Test) sein darf (3G-Regel). Negative Tests sind insbesondere Voraussetzung für den Zugang zu

- Kinos
- Theatern
- Konzertveranstaltungen
- Museen, Bibliotheken
- Vortragsveranstaltungen
- Gaststätten, in Baden-Württemberg auch Mensen, Cafeterien, Betriebskantinen
- Hotels und anderen Beherbergungsbetrieben
- Friseurbetrieben und anderen „körpernahen Dienstleistungen“

19 Kein Test ist erforderlich für den Zugang zu Einzelhandelsbetrieben. Ansonsten gilt für den Zugang zu fast allen Arten öffentlich zugänglicher geschlossener Räume die „3G-Regel“: Man muss geimpft, genesen oder negativ getestet sein. Dies betrifft insbesondere alle Veranstaltungen kultureller Art oder Freizeitaktivitäten in geschlossenen Räumen

20 Zudem gilt 3G auch für bestimmte Veranstaltungen unter freiem Himmel, nämlich für Veranstaltungen mit mehr als 5.000 Besuchern oder für Veranstaltungen, bei denen ein Mindestabstand von 1,5 Metern nicht zuverlässig eingehalten werden kann.

21 Ab dem 11. Oktober 2021 müssen die Betroffenen die Test selbst bezahlen. Wieviel die Tests dann kosten werden, ist noch unklar. Der Staat hat angeblich für die Antigen-Schnelltests, die als kostenlose „Bürgertests“ angeboten wurden, 11,50 Euro erstattet. PCR-Tests werden von den Krankenkassen mit 43 Euro vergütet.[6]

---

[6] Ungeimpfte müssen blechen. Wie viel kostet ein Corona-Test ab Oktober?, wa.de 16.8.2021, https://www.wa.de/politik/corona-test-kosten-ungeimpfte-genesene-geimpfte-gesundheitsministerium-oktober-nrw-deutschland-90923621.html (abgerufen am 16.8.2021).

22 Spätestens ab 1. November 2021 sollen Ungeimpfte, die als Kontaktpersonen oder als Reiserückkehrer in Quarantäne müssen, keine Entschädigung mehr für ihren Verdienstausfall erhalten.

23 Einzelne Politiker haben noch weitergehende Forderungen erhoben. So sagte der bayerische Ministerpräsident Markus Söder nach der Bund-Länder-Konferenz vom 10. August 2021, dass aus 3G in absehbarer Zeit 2G werden könne. Bundesgesundheitsminister Jens Spahn soll sich ebenso geäußert haben.[7] Damit hätten nur noch Geimpfte und Genesene Zugang zu Veranstaltungen usw., während die Ungeimpften ausgeschlossen wären.

24 In der Diskussion war auch schon die Forderung nach 3G für den Einzelhandel einschließlich des Lebensmittelhandels.[8] Bundeskanzlerin Merkel soll 3G für Bahnfahrten gefordert und einen entsprechenden Prüfauftrag an Bundesverkehrsminister Scheuer erteilt haben.[9]

25 Zuerst Hamburg und danach weitere Länder haben sich für 2G im Rahmen eines Optionsmodells entschieden: Wenn private Veranstalter sich dafür entscheiden, nur Geimpften und Genesenen (2G) Zugang zu gewähren, entfallen für sie für 3G geltende Betriebseinschränkungen wie Begrenzung der Zahl der Teilnehmer und Maskenpflicht.

III. Die Fragestellung des Gutachtens

26 Das Gutachten untersucht, ob die besonderen Beschränkungen der Freiheit Ungeimpfter, die oben beschrieben wurden, mit dem Grundgesetz vereinbar sind oder die Grundrechte der Betroffenen verletzen. Das Gutachten konzentriert sich auf den grundsätzlichen Regelungsansatz, wie er im Bund-Länder-Beschluss vom 10. August 2021 zum Ausdruck kommt und geht nicht auf Einzelheiten der Regelungen in den Rechtsverordnungen der Länder ein, die teilweise sehr unterschiedlich sind. Besondere Regelungen der Länder – insbesondere hinsichtlich der Kriterien für den Ausschluss Ungeimpfter – bedürfen einer besonderen Untersuchung.

27 Da in der politischen Diskussion zunehmend die Forderung erhoben wird, die 3G-Regel durch die 2G-Regel zu ersetzen, geht das Gutachten auch auf 2G als Zugangsvoraussetzung ein.

28 Das Gutachten beschäftigt sich nur mit *staatlichen* Regelungen, durch die die Freiheit Ungeimpfter eingeschränkt wird. Indirekter Druck, sich impfen zu lassen, kann auch von Privaten ausgehen. Wenn Fußballclubs die 2G-Regel praktizieren und Ungeimpfte nicht ins Stadion lassen, wird ein Druck auf Fußballfans ausgeübt, sich impfen zu lassen. Wenn Arbeitgeber von ihren Mitarbeitern verlangen, sich impfen zu lassen und diese andernfalls nur im Homeoffice arbeiten dürfen und mit Karrierenachteilen rechnen müssen, erzeugt

---

7 Wäre die 2G-Regel verfassungswidrig?, Augsburger Allgemeine, 12.8.2021, https://www.augsburger-allgemeine.de/politik/Corona-Regeln-fuer-Ungeimpfte-2G-Regel-verfassungswidrig-id60312111.html (abgerufen am 16.8.2021).

8 Siehe z.B. Merkur.de 13.8.2021, https://www.merkur.de/verbraucher/corona-supermarkt-bundesregierung-regeln-einkaufen-nachweise-herbst-2021-90903371.html (abgerufen am 27.8.2021).

9 Kanzlerin Merkel will 3G-Regel in Zügen!, Bild 27.8.2021, https://www.bild.de/politik/inland/bundestagswahl/bild-exklusiv-kanzlerin-merkel-will-3g-regel-in-zuegen-77498440.bild.html (abgerufen am 27.8.2021).

dies ebenfalls Impfdruck. Wenn Künstler nur dann mit Engagements rechnen können, wenn sie geimpft sind, kann dies sich faktisch wie ein Berufsverbot für Künstler auswirken. Diese von Privatunternehmen, privaten Arbeitgebern oder privaten Auftraggebern ausgeübte Einwirkung auf Ungeimpfte ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

29 Das Hamburger Optionsmodell stellt eine Verbindung zwischen staatlicher Lenkung und privater Regelung her. Hamburg überlässt es privaten Veranstaltern, den Zugang zu ihren Veranstaltungen von 2G oder 3G abhängig zu machen, bietet aber denen, die sich für 2G entscheiden, sehr weitreichende Vorteile an.[10] Diese Art der staatlichen Lenkung wird nicht in diesem Gutachten behandelt, sondern bleibt einer besonderen Untersuchung vorbehalten.

---

[10] Hierzu *Alexander Blankenagel*, 2-G in Hamburg – Die neue Flucht ins Privatrecht, FAZ-Einspruch 27.8.2021, https://www.faz.net/einspruch/exklusiv/corona-warum-die-hamburger-2-g-regel-skandaloes-ist-17505652.html?GEPC=s5.

B. Der Zusammenhang von indirektem Impfzwang, sonstigen Freiheitseinschränkungen und Ungleichbehandlung Ungeimpfter

30 Es gibt zur Zeit keine direkte COVID-19-Impfpflicht. Die Menschen sind nicht rechtlich verpflichtet, sich impfen zu lassen. Der Druck, sich impfen zu lassen, wird dadurch erzeugt, dass der Staat Freiheitseinschränkungen normiert, die für Ungeimpfte gelten, aber nicht für Geimpfte. Man kann sich diesen Freiheitseinschränkungen entziehen, indem man sich impfen lässt.

31 Diese Verknüpfung von Freiheitseinschränkungen und Impfung wirft Rechtsfragen auf drei Ebenen auf:

1. Lassen sich die Freiheitseinschränkungen als solche rechtfertigen?
2. Lässt sich der Druck auf die Impfentscheidung rechtfertigen?
3. Lässt sich die Ungleichbehandlung von einerseits Geimpften und Genesenen und andererseits Ungeimpften rechtfertigen?

32 Die erste Ebene ist der zweiten systematisch vorgelagert: Wenn die Freiheitseinschränkungen als solche rechtswidrig sind, dann lässt es sich schon aus diesem Grunde nicht rechtfertigen, sie zur Erzeugung von Druck auf Ungeimpfte einzusetzen.

33 Die zweite Ebene betrifft das spezifische Problem des indirekten Impfzwangs: Wenn man unterstellt, die Freiheitseinschränkungen seien zur Pandemiebekämpfung gerechtfertigt – lässt es sich dann rechtfertigen, dass durch diese Freiheitseinschränkungen die ungeimpften Menschen gedrängt werden, sich impfen zu lassen?

34 Während es bei den ersten beiden Ebenen um Freiheitsfragen geht, betrifft die dritte Ebene eine Gleichheitsfrage. Aber das Gleichheitsproblem ist wiederum mit dem Freiheitsproblem verknüpft – die dritte Ebene steht mit der zweiten in engem Zusammenhang. Denn die Einschränkung der Freiheit, über Impfung oder Nichtimpfung zu entscheiden, resultiert in der gegebenen Konstellation aus der Ungleichbehandlung Geimpfter und Ungeimpfter. Das bedeutet nicht zwingend, dass die Antworten auf die zweite und die dritte Frage gleich lauten müssen. Denn Einschränkungen von Freiheitsrechten sind anhand anderer Kriterien zu beurteilen als Ungleichbehandlungen. Wenn aber die Freiheitseinschränkung die mittelbare Folge einer Ungleichbehandlung ist, steht beides in einem logischen Zusammenhang: Lässt sich die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, dann ist auch die daraus resultierende Freiheitsbeeinträchtigung nicht zu rechtfertigen. Lässt sich andererseits die Ungleichbehandlung rechtfertigen, heißt das noch nicht, dass auch die Freiheitsbeeinträchtigung gerechtfertigt ist. Denn hier ist zusätzlich die Intensität der Freiheitsbeeinträchtigung zu bewerten und ihre Verhältnismäßigkeit zu beurteilen.

35 Diese Zusammenhänge legen es nahe, die Probleme in folgender Reihenfolge abzuarbeiten:

1. Sind die Freiheitseinschränkungen als solche rechtmäßig?
2. Ist die Ungleichbehandlung Nichtgeimpfter rechtmäßig?
3. Ist der Druck auf die Impfentscheidung, der durch die nur für Ungeimpfte geltenden Freiheitseinschränkungen bewirkt wird, rechtmäßig?

C. Zugangsbeschränkungen und Testpflichten für Ungeimpfte als Freiheitseinschränkungen

36 In diesem Kapitel werden die Zugangsbeschränkungen für Ungeimpfte und Ungetestete zunächst ohne Rücksicht darauf, ob damit ein Druck, sich impfen zu lassen, ausgeübt wird, auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft. Der faktische Impfzwang wird erst unten im Kapitel F. behandelt.

I. Grundrechtseingriffe durch Zugangsverbote

37 Corona-Verordnungen der Länder sehen vor, dass nur Geimpfte, Genesene und negativ Getestete Zugang zu Restaurants, Hotels, Kultureinrichtungen wie Museen, Kinos, Konzerthäusern oder Theatern, Freizeiteinrichtungen oder Sportveranstaltungen erhalten („3G-Regelung“). Die Verordnungen verbieten also allen Menschen, die nicht die 3G-Kriterien erfüllen, also nicht geimpft oder genesen und nicht getestet sind, den Zugang zu diesen Einrichtungen oder Veranstaltungen. Es kommt nicht darauf an, wie dieses Verbot rechtstechnisch formuliert ist. Ob die Verordnung sagt, dass nur Geimpfte, Genesene und negativ Getestete Zugang haben, oder ob die Verordnung sagt, dass der Zugang verboten ist mit Ausnahme für Geimpfte, Genesene und negativ Getestete, oder ob sie formuliert, dass Personen, die weder geimpft, genesen noch negativ getestet sind, keinen Zugang haben, spielt keine Rolle. In jedem Fall ist für Ungeimpfte, die nicht negativ getestet sind, der Zugang verboten. Das gilt natürlich auch, wenn die „2G-Regelung“ zur Anwendung kommt, also Ungeimpfte generell vom Zugang ausgeschlossen sind – auch dann, wenn sie negativ getestet sind.

38 Jedes Verbot ist eine Freiheitseinschränkung. Eingeschränkt wird zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Sofern Berufstätige von den Verboten im Rahmen ihrer Berufsausübung betroffen sind (z.B. bei Hotelübernachtungen oder Restaurantbesuchen im Rahmen von Dienstreisen, Arbeitsessen usw., bei Seminaren oder Vorträgen) ist die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen. Die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GG) ist z.B. betroffen, wenn Wissenschaftler nur bei Beachtung der 3G-Regel an wissenschaftlichen Symposien oder Kongressen teilnehmen dürfen. Die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG) wird eingeschränkt, wenn Künstler ihre Werke nur unter 3G-Bedingungen präsentieren dürfen. Wenn Studierende an Hochschulen nur bei Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises an Präsenzveranstaltungen teilnehmen dürfen (so z.B. CoronaVO Studienbetrieb BW § 5), ist die Freiheit der Ausbildung (Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen.

39 Wenn der Zugang zu Veranstaltungen und Einrichtungen durch Rechtsverordnung von der Erfüllung der 3G- oder 2G-Kriterien abhängig gemacht wird, sind die betreffenden Vorschriften als Eingriffe in die tatbestandlich betroffenen Grundrechte zu qualifizieren. Es kommt nicht darauf an, ob die Verbote an die Personen adressiert sind, die den 3G- oder 2G-Nachweis vorweisen müssen, um Zugang zu Veranstaltungen oder Einrichtungen zu erhalten. Wenn die Rechtsverordnung die Veranstalter beziehungsweise die Betreiber von Einrichtungen zu den Regelungsadressaten der betreffenden Normen macht,

indem sie diese verpflichtet, nur Geimpften, Genesenen und Getesteten Zugang zu gewähren, dann beschränkt sie nicht nur diese in ihrer Freiheit, sondern auch alle Menschen, die nur bei Erfüllung der 3G- oder 2G-Kriterien Zugang erhalten. Für diese wirkt die Regelung dann als mittelbare Grundrechtseinschränkung. Auch diese ist ein Eingriff im Sinne der Grundrechtsdogmatik, zumal die Vorschrift gerade auf diese Personen abzielt. Zweck der Vorschrift ist es ja, Ungeimpften (bei 3G: wenn sie nicht negativ getestet sind) den Zugang zu verwehren.

40 Die Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseingriffen hängt davon ab, ob sie sich rechtfertigen lassen. Die Rechtfertigung hängt davon ab, ob die Freiheitseinschränkungen auf einer – hinreichend bestimmten – gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen (II.) und ob sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen (III.).

II. Gesetzliche Grundlage der Zugangsverbote

41 Die Rechtsverordnungen der Länder, die Zugangsverbote für Ungeimpfte enthalten, stützen sich auf §§ 32 i.V.m. 28 und 28a IfSG. Eine gesetzliche Grundlage für die Rechtsverordnungen ist also vorhanden. Es fragt sich aber, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass dieser Rechtsverordnungen erfüllt sind.

1. Die Feststellung der epidemischen Lage als Anwendungsvoraussetzung des § 28a IfSG

42 Voraussetzung für Maßnahmen nach § 28a IfSG ist gemäß Absatz 1 dieser Vorschrift das Bestehen einer vom Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Die Feststellung durch den Bundestag ist eine formelle Anwendungsvoraussetzung für diese Vorschrift. Maßnahmen auf der Basis dieser Vorschrift dürfen nicht erlassen werden, wenn die epidemische Lage nicht durch den Bundestag festgestellt worden ist, auch wenn materiell eine epidemische Lage gegeben ist. Wenn die epidemische Lage von nationaler Bedeutung beendet ist (weil der Bundestag die Feststellung aufgehoben oder nach drei Monaten nicht verlängert hat, § 5 Abs. 1 Sätze 2 und 3 IfSG), können die Absätze 1 bis 6 des § 28a IfSG auch angewendet werden, soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung von COVID-19 in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 dort feststellt (§ 28a Abs. 7 IfSG). In diesem Fall ist die Feststellung der epidemischen Lage durch den betreffenden Landtag die – nur für das betreffende Land geltende – formelle Anwendungsvoraussetzung des § 28a IfSG.

43 Die Feststellung der epidemischen Lage durch das Parlament ist sozusagen der Türöffner, der die Anwendung des § 28a IfSG erst möglich macht.

44 Der Bundestag hat am 25.8.2021 das Fortbestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite festgestellt.[11] Diese Feststellung gilt gemäß § 5 Abs. 1 IfSG für drei Monate, also bis zum 25.11.2021, sofern der Bundestag sie nicht zuvor aufhebt oder verlängert. Somit ist zur Zeit § 28a IfSG prinzipiell anwendbar.

---

[11] BT Plenarprotokoll 19/238 S. 31076 C; BT-Drs. 19/32091.

45 Es fragt sich, ob die Anwendbarkeit von § 28a IfSG außerdem davon abhängig ist, ob die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag rechtmäßig ist. Denn der Bundestag ist in seiner Entscheidung nicht frei, sondern darf die epidemische Lage nur feststellen, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG erfüllt sind. Diese Vorschrift definiert die Kriterien, die eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung ausmachen, und nur wenn eine epidemische Lage im Sinne dieser Kriterien vorliegt, darf der Bundestag sie feststellen.

46 § 28a IfSG macht die Anwendbarkeit der Vorschrift aber nur von dem formellen Kriterium der Feststellung abhängig. Ist die Feststellung rechtswidrig, bleibt die Vorschrift anwendbar, bis die Feststellung aufgehoben worden ist – etwa nach Feststellung der Rechtswidrigkeit in einem Organstreitverfahren.

2. Die epidemische Lage als materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Maßnahmen nach § 28a IfSG

a) Die Bewältigung der epidemischen Lage als Zweck des § 28a IfSG

47 Von der prinzipiellen Anwendbarkeit der Vorschrift sind die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen zu unterscheiden, die sie für Corona-Maßnahmen normiert. Inhalt und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass der in § 28a Abs. 1 und 2 IfSG genannten Maßnahmen ergeben sich aus § 28 IfSG i.V.m. § 28a Abs. 3 und gegebenenfalls auch Abs. 2 IfSG. Zusätzlich zu den sich aus diesen Vorschriften ausdrücklich ergebenden Anforderungen ist meines Erachtens auch eine materiell bestehende epidemische Lage von nationaler Bedeutung (bzw. im Falle des Absatzes 7 eine entsprechende epidemische Lage auf Landesebene) im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für auf § 28a IfSG gestützte Rechtsverordnungen.

48 Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass § 28a IfSG den Zweck hat, einer durch SARS-CoV-2 verursachten epidemischen Lage von nationaler Bedeutung durch Eindämmung der Epidemie zu begegnen. Der Verordnungsgeber ist in seiner Zwecksetzung nicht frei, sondern an diesen übergeordneten Zweck, der sich aus Absatz 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 IfSG ergibt, gebunden. Die Verfolgung dieses Zwecks setzt voraus, dass eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung überhaupt besteht. Besteht sie nicht, sind die nach § 28a IfSG möglichen Maßnahmen von vornherein zur Erreichung des Zwecks nicht erforderlich.

b) Rechtliche Kriterien für eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung

49 Während also die Feststellung der epidemischen Lage durch das Parlament als formelles Kriterium die prinzipielle Anwendbarkeit der Vorschrift eröffnet und somit den Parlamentsvorbehalt im Sinne der demokratischen Wesentlichkeitstheorie wahrt, ist das tatsächliche Bestehen einer epidemische Lage materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung von auf diese Vorschrift gestützten Rechtsverordnungen. Die Landesregierungen müssen vor Erlass einer auf § 28a IfSG gestützten Rechtsverordnung prüfen, ob eine epidemische Lage tatsächlich vorhanden ist. Dies wäre nicht der Fall, wenn der Bundestag eine epidemische Lage unzutreffend und daher rechtswidrig festgestellt hat. Es wäre auch dann

nicht der Fall, wenn die im Zeitpunkt der Feststellung durch den Bundestag gegebene epidemische Lage nachträglich entfallen ist.

50 Das Gesetz gibt in § 5 Abs. 1 IfSG dem Bundestag hinsichtlich Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Konkretisierungsprärogative. Die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG eröffnen für das zuständige Staatsorgan erhebliche Bewertungs- und Prognosespielräume.[12] Das ändert nichts an der rechtlichen Bindung des Bundestages an die gesetzlichen Kriterien für die epidemische Lage, schränkt aber die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Entscheidung des Bundestages über die Feststellung der epidemischen Lage ein. Dies muss nach dem Telos des Gesetzes entsprechend auch für die Prüfung gelten, ob der Verordnungsgeber bei der Anwendung von § 28a IfSG zutreffend vom Bestehen einer epidemischen Lage ausgegangen ist. Bei der Beantwortung dieser Frage sind die Wertungen des Bundestages zugrunde zu legen, soweit der Bundestag nicht die Grenzen seines Einschätzungsspielraums überschritten hat und soweit die Wertungsgesichtspunkte des Bundestages nicht durch neuere Entwicklungen überholt sind. Deshalb läuft die Prüfung des materiellen Vorliegens einer epidemischen Lage als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer auf § 28a IfSG gestützten Rechtsverordnung auf die Prüfung hinaus, ob die Feststellung der epidemischen Lage durch den Bundestag rechtmäßig war beziehungsweise unter der inzwischen erfolgten Änderung der Lage immer noch rechtmäßig ist. Dies soll im folgenden geprüft werden.

51 Voraussetzung für die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG, dass „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil

1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder

2. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet."

52 Ob diese Voraussetzungen gegenwärtig noch (oder wieder) erfüllt sind, ist umstritten. Feststeht, dass die Weltgesundheitsorganisation (WHO) eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen und diese Einstufung noch nicht zurückgenommen hat. Dass die Einschleppung von SARS-CoV-2 immer wieder neu in die Bundesrepublik Deutschland droht, solange die Pandemie nicht weltweit beendet ist, wird ebenfalls zu bejahen sein. Eine dynamische Ausbreitung von COVID-19 in Deutschland findet zur Zeit (Ende September 2021) nicht mehr statt. Seit Anfang September sinken die Fallzahlen. Der R-Wert liegt deutlich unter 1.[13] Aber es reicht ja aus, dass eines der beiden Kriterien der gesetzlichen Definition erfüllt ist. Fraglich ist allerdings, ob COVID-19 heute noch in Deutschland eine „bedrohliche Krankheit" ist und ob deshalb „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht".

---

12 Vgl. *Gerhardt*, IfSG, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 7; *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 38.

13 *RKI*, Täglicher Lagebericht 28.9.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Sept_2021/2021-09-28-de.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 28.9.2021).

53 Schutzgut ist die „öffentliche Gesundheit“, also nicht die individuelle Gesundheit, sondern das öffentliche Gesundheitssystem. Eine „Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ ist also nur dann gegeben, wenn eine Gefahr für die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitssystems besteht, also insbesondere die Funktionsfähigkeit der Krankenhäuser und der Intensivstationen gefährdet ist.[14] Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen ist ja auch die durchgehende Begründung für Corona-Maßnahmen während der Pandemie gewesen.[15]

54 Eine Gefahr im Rechtssinne ist nicht jedes Risiko, insbesondere nicht die bloße Möglichkeit des befürchteten Ereignisses. Vielmehr ist eine Gefahr nur dann gegeben, wenn der Eintritt des befürchteten Ereignisses – hier insbesondere die Überlastung der Intensivstationen – hinreichend wahrscheinlich ist. Da das Gesetz eine „ernsthafte“ Gefahr zur Voraussetzung für die Feststellung der epidemischen Lage macht, reicht eine „normale“ Gefahr nicht aus. Es muss also im Vergleich zum allgemeinen Gefahrenabwehrstandard eine erhöhte Wahrscheinlichkeit gegeben sein.

55 Das öffentliche Gesundheitssystem ist noch nicht dann überlastet, wenn es in Einzelfällen zur Überlastung einer Intensivstation kommt. Vielmehr muss es sich um eine systemische Überlastung handeln. Diese liegt erst dann vor, wenn die Überlastung einzelner Kliniken nicht durch Verlegung von Patienten auf andere Kliniken und durch Verschiebung planbarer Operationen aufgefangen werden kann, so dass es dann flächendeckend zu Triage-Entscheidungen kommen muss.

c) Besteht gegenwärtig eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung?

56 Es fragt sich, ob zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundestages über die letzte Verlängerung der Feststellung der epidemischen Lage (25.8.2021) beziehungsweise im Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Gutachtens (September 2021) die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG erfüllt waren. Da die übrigen Kriterien erfüllt sind, kommt es darauf an, ob gegenwärtig eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit“, also für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems besteht.

57 Es gibt zur Zeit nicht sehr viele Corona-Patienten auf den Intensivstationen. Zwar sind die Zahlen von unter 500 im Juli 2021 auf über 1.500 Mitte September 2021 angestiegen, nehmen aber seither – bei fallenden Infektionszahlen – wieder ab.[16] Von einer Gefahr für

---

[14] Vgl. *Kingreen*, in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 1 Rn. 104: *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 11; zu den Voraussetzungen der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vor Aufnahme der Legaldefinition in den § 5 Abs. 1 IfSG ausführlich *Thorsten Kingreen*, Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag. Rechtsgutachten, 11.6.2020, S. 8 ff., https://www.fdpbt.de/sites/default/files/2020-06/Rechtgutachten%20%C2%A7%205%20Abs.%201%20IfSG-Kingreen_0.pdf (abgerufen am 28.8.2021). Teilweise wird in der Lit. aber die Auffassung vertreten, dass eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit und somit eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung auch dann vorliegen kann, wenn noch keine Destabilisierung des Gesundheitssystems droht, so *Ferdinand Wollenschläger*, Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zum Entwurf des AufbhG 2021, BT Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrucksache 19(14)368(7), 31.8.2021, S. 3.

[15] Neben den Intensivstationen ist die öffentliche Gesundheitsinfrastruktur im ganzen geschützt. Dazu näher *Kingreen*, in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 1 Rn. 104.

[16] https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen (abgerufen am 28.9.2021).

die Überlastung der Intensivstationen kann zur Zeit keine Rede sein. Im Hinblick auf die Ausbreitung der Delta-Variante fürchten Bundesregierung und Bundestagsmehrheit aber, dass es in einer „vierten Welle“ zur Überlastung des Gesundheitssystems kommen kann. In der Begründung des Beschlusses über die Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage vom 25.8.2021 heißt es:

»In Deutschland steigen die Zahlen der COVID-19-Fälle – nach-dem im Frühjahr zunächst ein Rückgang verzeichnet werden konnte – in allen Bundesländern wieder an. Der Anstieg umfasst dabei alle Indikatoren: die Neuinfektionen, den R-Wert, die Quote der positiven PCR-Tests bezogen auf alle PCR-Tests, die 7-Tage-Inzidenz, die Hospitalisierungen und die notwendigen Behandlungen auf den Intensivstationen, von denen 47 Prozent beatmet werden müssen *[RKI, Stand 18.8.]*. Das Robert Koch-Institut (RKI) schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der nicht oder nur einmal geimpften Bevölkerung in Deutschland weiterhin insgesamt als hoch ein, für vollständig Geimpfte wird die Gefährdung als moderat eingeschätzt (RKI, Risikobewertung zu COVID-19 vom 2.8.2021*).* Auch wenn die Anzahl der Todesfälle im Zusammenhang mit dem Corona-Virus auch infolge des Impffortschritts erfreulicherweise stark zurückgeht, kann bei der derzeitigen Impf-quote in Deutschland von 57,5 Prozent bei Personen ab 12 Jahren, die vollständig geimpft sind, 63,3 Prozent haben mindestens eine Impfung erhalten *[RKI, Stand 18.8.*], eine drohende Überlastung des Gesundheitssystems weiterhin nicht ausgeschlossen werden *(*vgl. die Modellszenarien des RKI: Wichmann O, Scholz S, Waize M, Schmid-Küpke N, Hamouda O, Wieler LH, Schaade L: Welche Impfquote ist notwendig, um COVID-19 zu kontrollieren? Epid Bull 2021; 27:3- 13 | DOI 10.25646/8742.).«[17]

»Mit der Entwicklung und Verbreitung weiterer Varianten, bei denen es auch zu Einträgen nach Deutschland kommen wird, ist zu rechnen. In einer Phase, in der die Infektionszahlen zwar steigen, insgesamt aber verhältnismäßig niedrig sind und die Impfungen in Deutschland und Europa fortschreiten, weltweit jedoch auf einem regional sehr unterschiedlichen Niveau sind, ist dabei auch mit sogenannten Escape-Mutationen zu rechnen, das heißt Virus-varianten, die eine verringerte Sensitivität gegenüber den gegenwärtig verfügbaren Impfstoffen haben.

Nach wie vor besteht daher das vorrangige Ziel darin, die ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland möglichst zu reduzieren, indem mit geeigneten und situationsabgestimmten Schutzmaßnahmen die Ausbreitung der Pandemie bekämpft wird, um Leben und Gesundheit zu schützen und eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Dies ist insbesondere durch die sich anbahnende „vierte Welle“, bedingt durch die stärker ansteckende Delta-Variante des Coronavirus SARS-CoV-2, notwendig. Zudem ist eine sichere Vorbereitung der bevorstehenden Herbst- und Wintermonate nötig, in denen sich Kontakte zwischen Menschen wieder verstärkt in Innenräumen abspielen und damit das Infektionsrisiko erhöhen. Durch die möglich gewordenen Lockerungen der zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung notwendig gewordenen Maß-nahmen zur Kontaktbeschränkung finden außerdem wieder vermehrte Kontakte in allen Bereichen des (öffentlichen) Lebens statt, die von Maßnahmen zu Hygiene- und Abstandsregelungen begleitet werden müssen, um das Erreichte nicht zu gefährden.«[18]

---

17 BT-Drs. 19/32091, S. 2.

18 BT-Drs. 19/32091, S. 3.

58 Eine „ernsthafte Gefahr“ für die Überlastung des Gesundheitssystems wird auf diese Weise nicht dargelegt. Die Begründung erschöpft sich in bloßen Möglichkeitsannahmen. Die Möglichkeit neuer Varianten, gegen die auch die bisherigen Impfungen nicht schützen und die noch gefährlicher sind als der Ursprungsvirus und die bisher bekannten Varianten, lässt sich nie ausschließen. Wäre die Begründung schlüssig, dann ließe sich eine epidemische Lage von nationaler Tragweite aufrechterhalten, bis SARS-CoV-2 weltweit ausgerottet ist, womit man überhaupt nicht rechnen kann.

59 Notstandsbefugnisse der Exekutive, die mit der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite geschaffen werden, dürfen aber nur in zeitlich begrenzten außergewöhnlichen Notsituationen gelten. Daher darf nicht durch immer wiederholte Verlängerungen ein permanenter Ausnahmezustand geschaffen und damit der Ausnahmezustand zum neuen Normalzustand gemacht werden.

60 Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG dürfen deshalb nicht expansiv ausgelegt werden, sondern der Begriff der „ernsthaften Gefahr“ muss ernstgenommen werden. Deshalb lässt sich eine epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht aufgrund der bloßen Möglichkeit sehr stark ansteigender Zahlen intensivbehandlungsbedürftiger Corona-Patienten begründen.

61 Zwar kommt dem Bundestag bei der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite ein großer Einschätzungsspielraum zu.[19] Dieser ist aber nicht nur dann überschritten, wenn der Bundestag von eindeutig unzutreffenden epidemiologischen Annahmen ausgeht, sondern auch dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Satzes 6 falsch ausgelegt oder sachfremde Erwägungen angestellt werden.[20]

62 Der Bundestag ist bei seinem Beschluss offensichtlich von der falschen Annahme ausgegangen, dass schon die bloße Möglichkeit, es könne im Herbst im Rahmen der erwarteten „vierten Welle“ zu einer Überlastung des Gesundheitssystems kommen, als „ernsthafte Gefahr“ einzustufen sei.[21] Dies ist evident falsch. Schon aus diesem Grunde ist die Feststellung der epidemischen Lage rechtswidrig.

63 Jede Gefahreneinschätzung kann nur von dem im Zeitpunkt der Beurteilung vorliegenden Umständen und Erkenntnissen ausgehen. Daher kann sie sich jederzeit ändern. Wenn heute keine „ernsthafte Gefahr“ für die öffentliche Gesundheit gegeben ist, kann sie in einigen Monaten oder Wochen erneut gegeben sein. Das ist aber für die Voraussetzungen der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ohne Relevanz. Der Bundestag muss die epidemische Lage aufheben, wenn keine ernsthafte Gefahr für die systemische Leistungsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitswesens gegeben ist, und er kann sie sofort wieder feststellen, wenn die Entwicklung der Umstände zu einer neuen ernsthaften Gefahr führt.[22]

64 Abgesehen davon, dass die Beschlussbegründung keine „ernsthafte Gefahr“ darlegt, war eine solche Gefahr im Zeitpunkt des Beschlusses nicht gegeben und ist auch gegenwärtig

---

19 Vgl. *Gerhardt*, IfSG, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 7; *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 38;

20 Vgl. *Gerhardt*, IfSG, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 7.

21 In der Begründung heißt es, „eine drohende Überlastung des Gesundheitssystems“ könne „weiterhin nicht ausgeschlossen werden“, BT-Drs. 19/32091, S. 2.

22 Ebenso *Kingreen*, Rechtsgutachten (Fn. 14), S. 16.

nicht gegeben. Dass die Intensivstationen in der befürchteten „vierten Welle“ überlastet werden könnten, erscheint im Hinblick darauf, dass die Angehörigen der Risikogruppen ganz überwiegend geimpft sind, als sehr unwahrscheinlich. Ansteigende Inzidenzen werden daher nicht in gleicher Weise wie vor einem Jahr zum Ansteigen der Hospitalisierungen und der Belastung der Intensivstationen führen. Eine ernsthafte Gefahr ist daher nicht gegeben.

65 Hinzu kommt, dass anscheinend der entscheidende Grund für die Verlängerung der Feststellung der epidemischen Lage folgender ist: Von der Feststellung der epidemischen Lage durch den Bundestag hängt eine Vielzahl von besonderen Befugnissen der Exekutive ab (insbesondere die Ermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit zum Erlass von Rechtsverordnungen gemäß § 5 Abs. 2 IfSG und die Ermächtigung zum Erlass der Corona-Maßnahmen gemäß § 28a IfSG), auf die man noch nicht verzichten wollte, weil man sie möglicherweise wieder brauchen würde. Auch wären mit Aufhebung der epidemischen Lage die vom Bundesgesundheitsministerium erlassenen Rechtsverordnungen (mit einigen Ausnahmen) außer Kraft getreten (§ 5 Abs. 4 IfSG). Man wollte aber diese Rechtsverordnungen in Kraft lassen, weil man meinte, sie noch zu benötigen. Dies steht nicht in der offiziellen Begründung. Aber in der öffentlichen Diskussion ist man sich einig darüber, dass die epidemische Lage verlängert werden sollte, damit man „an einem erprobten Instrumentenkasten festhalten“ kann.[23] Rechtswissenschaftler hatten darauf hingewiesen, dass man gezwungen sei, die epidemische Lage zu verlängern, weil man nicht abrupt auf alle Regelungen und Befugnisse verzichten könne, die diese Lage zur Voraussetzung haben. So hat *Thorsten Kingreen* geäußert: „Man kann die ganzen Gesetze, die auf die epidemische Lage verweisen, jetzt auch nicht alle auf einen Schlag ändern, schon gar nicht in der Übergangsphase zwischen den Legislaturperioden. Deswegen wird an einer Verlängerung kein Weg vorbeiführen – das typische Verstetigungsproblem.“ Und Josef *Franz Lindner* sagt: „Die Verlängerung auf Verdacht, etwa mit Blick auf die Bundestagswahl und die Zeit danach, ist eine sachfremde Erwägung, die keine Rolle spielen darf. Das wäre hochgradig angreifbar.“ Grundrechtseinschränkungen könnten nicht von der Handlungsfähigkeit der Politik abhängig gemacht werden. Die Bundesregierung hätte nach dem Auslaufen der Lage kaum noch Rechte in der Pandemiebekämpfung. „Die Länder sind dann wieder allein zuständig, ein Lockdown wäre aber nicht mehr zulässig, weil Paragraph 28a des Infektionsschutzgesetzes nicht mehr anwendbar wäre“. sagt Lindner. Der Paragraph regelt alle derzeitigen Corona-Maßnahmen wie Abstandsgebot, Maskenpflicht und Berufsverbote.[24]

66 Der Zweck, mit den bisher geltenden Rechtsverordnungen weiterarbeiten zu können und/oder die Zuständigkeit des Bundes beziehungsweise des Bundesgesundheitsministeriums aufrechtzuerhalten, kann die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler

---

23 Vgl. z.B. Alexander *Kissler*, Die epidemische Notlage muss ein Ende haben, NZZ 24.8.2021, https://www.nzz.ch/meinung/der-andere-blick/die-epidemische-notlage-muss-ein-ende-haben-ld.1641963?kid=nl164_2021-8-24&mktcid=nled&ga=1&mktcval=164_2021-08-25&trco=#register (abgerufen am 27.8.2021);

24 Zitate *Kingreen* und *Lindner* in: „Verlängerung der epidemischen Lage auf Verdacht wäre hochgradig angreifbar“, Welt 6.8.2021, https://www.welt.de/politik/deutschland/plus232983315/Epidemische-Lage-Verlaengerung-auf-Verdacht-waere-hochgradig-angreifbar.html (abgerufen am 28.8.2021).

Tragweite nicht rechtfertigen. Wenn dies der Grund für den betreffenden Beschluss des Bundestages war, dann war der Zweck der Feststellung nicht die Bekämpfung einer „ernsthaften Gefahr“, sondern der Zweck war, die Mittel in der Hand zu behalten, die das Gesetz nur für den Fall des Vorliegens einer „ernsthaften Gefahr“ zur Verfügung stellt. Oder anders ausgedrückt: Der vorgebliche Zweck wird durch den Willen, die Mittel in der Hand zu behalten, definiert.[25] Das ist mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar. Denn die Einschränkung des Gewaltenteilungsprinzips[26] und der Grundrechte, die durch die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite erfolgen beziehungsweise ermöglicht werden, sind anhand eines Gemeinwohlzwecks rechtfertigungsbedürftig. Sie können nur als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks gerechtfertigt werden. Grundrechtseinschränkungen und Abweichungen vom regulären Gewaltenteilungsprinzip lassen sich nie als Selbstzweck rechtfertigen.

67 Falls es so sein sollte, dass manche der Rechtsverordnungen, die bei Aufhebung der epidemischen Lage gemäß § 5 Abs. 4 IfSG außer Kraft träten, zur Erreichung ihres legitimen Zwecks auch unabhängig von der epidemischen Lage von nationaler Tragweite benötigt werden, dann hätte der Bundestag dies ohne weiteres dadurch erreichen können, dass er den § 5 Abs. 4 IfSG geändert und die (gegebenenfalls befristete) Fortgeltung der betreffenden Rechtsverordnungen angeordnet hätte. Deshalb ist es auch nicht möglich, den Beschluss über die Fortgeltung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit dem Notstandsargument zu rechtfertigen, dass die plötzliche Außergeltungsetzung vieler Rechtsverordnungen zu großen Problemen – etwa hinsichtlich der Unterstützung medizinischer oder pflegerischer Einrichtungen oder der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Produkten des medizinischen Bedarfs – führen müsste. Diese Probleme hätten, wenn man denn die betreffenden Rechtsverordnungen noch immer bräuchte, durch eine entsprechende Gesetzesänderung leicht vermieden werden können.[27]

68 Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten: Eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung war im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundestages über das Fortbestehen der epidemischen Lage nicht gegeben und liegt auch gegenwärtig nicht vor. Somit können schon aus diesem Grunde gegenwärtig keine Corona-Maßnahmen auf der Basis von § 28a IfSG ergriffen werden.

d) Weitere Voraussetzungen nach § 28a IfSG

69 Abgesehen davon, dass nach der hier vertretenen Auffassung das nicht nur formelle, sondern auch das materielle Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung (oder ihres länderbezogenen Äquivalents gemäß § 28a Abs. 7 IfSG) Voraussetzung für

---

[25] In diesem Sinne *Kissler* (Fn. 23).

[26] Zu den Auswirkungen der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite auf die „Tektonik der verfassungsrechtlichen Staatsorganisation“ im Hinblick auf die horizontale und die vertikale Gewaltenteilung sowie auf das Demokratieprinzip ausführlich *Kingreen*, Rechtsgutachten (Fn. 14), S. 17-28.

[27] Einen Vorschlag zu einer solchen Gesetzesänderung hatte die FDP-Fraktion bereits im Juni 2020 unterbreitet, Entwurf eines Gesetzes zur Weitergeltung von Rechtsverordnungen und Anordnungen aus der epidemischen Lage von nationaler Tragweite angesichts der COVID-19-Pandemie (COVID-19-Rechtsverordnungsweitergeltungsgesetz), BT-Drs. 19/20042, 16.6.2020, https://dserver.bundestag.de/btd/19/200/1920042.pdf.

Maßnahmen gemäß § 28a IfSG ist (oben b, Rn. 49 ff.), machte das Infektionsschutzgesetz bisher das Ergreifen von Schutzmaßnahmen von verschiedenen Inzidenzschwellenwerten abhängig. Diese Regelung ist durch die am 15.9.2021 in Kraft getretene Änderung des Infektionsschutzgesetzes[28] durch neue Kriterien ersetzt worden, die in erster Linie auf die Hospitalisierungsquote abstellen. Der neue § 28a Abs. 3 IfSG lautet:

> Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nach Absatz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und den §§ 29 bis 32 sind insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten; dabei sind absehbare Änderungen des Infektionsgeschehens durch ansteckendere, das Gesundheitssystem stärker belastende Virusvarianten zu berücksichtigen. Zum präventiven Infektionsschutz können ins-besondere die in Absatz 1 Nummer 1, 2, 2a, 4 und 17 genannten Schutzmaßnahmen ergriffen werden. Weitergehende Schutzmaßnahmen sollen unter Berücksichtigung des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens mit dem Ziel getroffen werden, eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen stationären Versorgung zu vermeiden. Wesentlicher Maßstab für die weitergehenden Schutzmaßnahmen ist insbesondere die Anzahl der in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in ein Krankenhaus aufgenommenen Personen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen. Weitere Indikatoren wie die unter infektionsepidemiologischen Aspekten differenzierte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten und die Anzahl der gegen die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) geimpften Personen sollen bei der Bewertung des Infektionsgeschehens berücksichtigt werden. Die Landesregierun-gen können im Rahmen der Festlegung der Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung der jeweiligen stationären Versorgungskapazitäten in einer Rechtsverordnung nach § 32 Schwellenwerte für die Indikatoren nach den Sätzen 4 und 5 festsetzen; entsprechend können die Schutzmaßnahmen innerhalb eines Landes regional differenziert werden. Das Robert Koch-Institut veröffentlicht im Internet unter https://www.rki.de/ covid-19-trends werktäglich nach Altersgruppen differenzierte und mindestens auf einzelne Länder und auf das Bundesgebiet bezogene Daten zu Indikatoren nach den Sätzen 4 und 5. Die Länder können die Indikatoren nach den Sätzen 4 und 5 landesweit oder regional differenziert auch statt bezogen auf 100 000 Einwohner bezogen auf das Land oder die jeweilige Region als Maßstab verwenden.

70 Die neue Fassung des § 28a IfSG legt keine Schwellenwerte mehr fest, sondern überlässt es den Ländern, Schwellenwerte zu bestimmen und die Gewichtung unter den verschiedenen im neuen Absatz 3 genannten Kriterien vorzunehmen.

71 Ob die neue Vorschrift den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots und des Parlamentsvorbehalts entspricht, ist fraglich,[29] doch diese Frage ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

---

[28] Änderung des Infektionsschutzgesetzes durch das Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze(Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021) vom 10.9.2021, BGBl. I S. 4147 (1452).

[29] Vgl. z.B. *Andrea Kießling*, Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 31.8.2021, BT Ausschuss f.

72 Ob Schutzmaßnahmen wie Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen (Abs. 1 Nr. 3), Untersagung oder Beschränkung von Freizeit- oder Kulturveranstaltungen (Abs. 1 Nr. 5 und 7), von Reisen oder Übernachtungsangeboten (Abs. 1 Nr. 11, 12) oder des Betriebs gastronomischer Einrichtungen (Abs. 1 Nr. 13) zulässig sind, hängt nach der Neufassung von den Kriterien ab, die in den Landesverordnungen unter Verwendung der Kriterien des § 28a Abs. 3 IfSG normiert werden, insbesondere also von dort für die Hospitalisierung festgelegten Schwellenwerten. Dies gilt für die „weitergehenden Schutzmaßnahmen" im Sinne von § 28a Abs. 3 Satz 3 IfSG

73 Von den „weitergehenden Schutzmaßnahmen" unterscheidet der neue § 28a Abs. 3 IfSG in Satz 2 die laut Gesetzesbegründung[30] „niedrigschwelligen Schutzmaßnahmen". Die „niedrigschwelligen Schutzmaßnahmen" sollen dem „präventiven Infektionsschutz" dienen. Gemäß § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG stuft der Gesetzgeber die Maßnahmen gemäß Absatz 1 Nr. 1 (Abstandsgebot), 2 (Maskenpflicht), 2a (Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises), 4 (Hygienekonzepte) und 17 (Verarbeitung von Kontaktdaten) als „niedrigschwellig" ein.

74 Diese Schutzmaßnahmen können wie gesagt zum „präventiven Infektionsschutz" eingesetzt werden. Was in diesem Zusammenhang „präventiv" bedeutet, erklärt das Gesetz nicht. Eigentlich sind alle Maßnahmen, die nach § 28a IfSG ergriffen werden können, präventiv. Denn sie sollen ja eine Gefahr abwehren, nämlich eine Überlastung der Intensivstationen verhindern. Die Gefahrenabwehr hat präventiven Charakter. Es geht nicht um die Beseitigung eines bereits eingetretenen Schadens, sondern um die Verhinderung des Schadenseintritts. Wenn das Gesetz dennoch zwischen Maßnahmen, die dem „präventiven Infektionsschutz" dienen, von „weitergehenden Schutzmaßnahmen", die dem Ziel dienen, „eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen Versorgung zu vermeiden", unterscheidet, kann das nur bedeuten, dass „präventiver Infektionsschutz" bereits dann erlaubt sein soll, wenn Maßnahmen zur Vermeidung einer Überlastung der stationären Versorgung noch nicht erforderlich sind. Es geht also um Maßnahmen im Vorfeld der Gefahrenabwehr oder sogar im Vorfeld der Gefahrenvorsorge.

75 Da die Kriterien, die § 28a IfSG in Absatz 4 Satz 4 und 5 benennt und auf die gemäß Satz 6 die Landesregierungen ihre Corona-Verordnungen stützen sollen, explizit nur für die „weitergehenden Schutzmaßnahmen" gelten, muss gefolgert werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die dem „präventiven Infektionsschutz" dienenden Maßnahmen im Sinne von Satz 2 immer schon dann ergriffen werden dürfen, wenn eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung vorliegt, ohne dass zusätzliche Anforderungen erfüllt sein müssen.

76 Wenn § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG in diesem Sinne zu verstehen ist, muss aber hinzugefügt werden, dass – wie für jede Freiheitseinschränkung – natürlich auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt. Dieser gilt von Verfassungs wegen und muss in jede gesetzliche

---

Gesundheit, Ausschussdrucksache 19(14)368(6), S. 5; *dieselbe*, BT Ausschuss f. Gesundheit, Prot.-Nr. 19/184, S. 16; *Hinnerk Wißmann*, BT Ausschuss f. Gesundheit, Prot.-Nr. 19/184, S. 12 f.; *Hans-Jürgen Papier*, Interview in: Berliner Zeitung, 13.9.2021, https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/verfassungsrechtler-vorsorgliche-verbote-sind-nicht-mehr-zulaessig-li.182522 (abgerufen am 14.9.2021).

30 BT-Drs. 19/32275, S. 28.

Freiheitseinschränkung, wenn dort nicht ausdrücklich geregelt, mit hineingelesen werden. Die Vorschrift ist also verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die dem „präventiven Infektionsschutz“ dienenden Maßnahmen nur dann ergriffen werden dürfen, wenn sie – bezogen auf das Präventionsziel – geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig sind.

77 Im Kontext des vorliegenden Gutachtens sind unter den angeblich „niedrigschwelligen“ Maßnahmen nur Maßnahmen gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG relevant, nämlich die Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises. Der Wortlaut lässt nicht eindeutig erkennen, was dies bedeutet. Geht es nur um die Vorlage einer Bescheinigung, also um eine Verfahrens- und Nachweisregelung? Oder geht es auch um die Maßnahme, die von der Nachweispflicht vorausgesetzt wird, nämlich um das Verbot des Zugangs zu bestimmten Einrichtungen und Veranstaltungen für Menschen, die einen solchen Nachweis nicht vorlegen (3G-Regel)?

78 Die 3G-Regel kombiniert Zugangsverbote mit Ausnahmen von diesen Verboten für diejenigen, die die 3G-Kriterien erfüllen. Ursprünglich war sie rechtstechnisch so formuliert, dass der Zugang zu Einrichtungen und Veranstaltungen (direkt im Infektionsschutzgesetz im Rahmen der „Bundes-Notbremse“ oder in den Corona-Verordnungen der Länder) generell verboten oder beschränkt war mit Ausnahmen für diejenigen, die – weil getestet, geimpft oder genesen – gemäß den entsprechenden Ausnahmevorschriften im Infektionsschutzgesetz oder in den Corona-Verordnungen in Verbindung mit der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung von den Zugangsverboten ausgenommen waren. Heute wird das regelungstechnisch in manchen Verordnungen umgekehrt gemacht: Die Zugangsverbote gelten nicht generell, sondern nur für diejenigen, die weder geimpft, genesen oder getestet sind. Materiell ist das überhaupt kein Unterschied. Wie immer die rechtstechnische Formulierung lautet: In jedem Fall ist der Zugang verboten (oder eingeschränkt), ausgenommen die Geimpften, Genesenen und negativ Getesteten.

79 Zugangsverbote aber gehören nach dem Gesetz nicht zu den „niederschwelligen“ Maßnahmen, die dem „präventiven Infektionsschutz“ dienen, sondern zu den „weitergehenden Maßnahmen“. Dies könnte dafür sprechen, dass § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG nicht die Zugangsverbote regelt, sondern nur die formelle Pflicht zur Vorlage eines Nachweises für das Vorliegen einer Ausnahme von dem – als bestehend vorausgesetzten – Verbot. Für diese Lesart der Nr. 2a spricht auch, dass die Begründung dieser Vorschrift als einzigen inhaltlichen Rechtfertigungsaspekt darauf hinweist, dass der Verordnungsgeber im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Abwägung die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung zu beachten habe.[31] Der Gesetzgeber scheint die Vorschrift allein als Einschränkung des Grundrechts auf informelle Selbstbestimmung anzusehen. Wenn das so gemeint ist und wenn also Nr. 2a die Zugangsverbote nicht regelt, sondern als bestehend voraussetzt und nur die Vorlagepflichten als solche zum Gegenstand hat, dann ist es verständlich, dass diese Verpflichtung zu den „niederschwelligen“ Maßnahmen gerechnet wird. Denn die Pflicht zum bloßen Vorzeigen einer Bescheinigung ist kein sehr intensiver Freiheitseingriff, und sie betrifft nicht die Freiheit, zum Beispiel ins Theater zu gehen, sondern nur das informelle Selbstbestimmungsrecht.

---

[31] BT-Drs. 19/32275, S. 28.

80 Dennoch wäre bei diesem Verständnis der Vorschrift die Einordnung unter die „niederschwelligen“ Präventivmaßnahmen ein Systembruch. Denn eine Pflicht zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises setzt logisch voraus, dass von der Vorlage des Nachweises irgendeine Freiheitsausübung abhängt, nämlich der Zugang zu Veranstaltungen, Einrichtungen usw. Gibt es keine Zugangsverbote für diejenigen, keinen Impf-, Genesenen- oder Testnachweis vorlegen, ist eine Pflicht zur Vorlage eines solchen Nachweises unsinnig. Die Nachweispflicht und die zugrundeliegenden Zugangsverbote hängen notwendig zusammen. Somit gehört die Nachweispflicht systematisch in dieselbe Kategorie wie die Zugangsverbote, also zu den „weitergehenden Schutzmaßnahmen“. Die Einordnung in die „niederschwelligen“ Maßnahmen ist bei diesem Verständnis unschädlich, weil die Zugangsverbote als solche eindeutig „weitergehende Schutzmaßnahmen“ sind und eine Vorlagepflicht nur im Zusammenhang mit diesen „weitergehenden“ Verboten angeordnet werden wird.

81 Anders wäre es, wenn man Nr. 2a so zu verstehen hätte, dass das Gesetz in dieser Vorschrift nicht lediglich zum Erlass von Vorlagepflichten, sondern zugleich auch zu den zugrundeliegenden Zugangsverboten ermächtigte, also zur Anordnung der 3G-Regel: Zugang nur für Geimpfte, Genesene und Getestete, die ihren Status mit einer Bescheinigung nachweisen. Müßte man diese Vorschrift so verstehen, dann würden mit ihr die in § 28a Abs. 1 Nr. 5, 6, 7, 8, 11, 12 und 13 IfSG aufgeführten Verbote und (zumindest teilweise) auch weitere der „weitergehenden“ Freiheitseinschränkungen zu lediglich „niederschwelligen“ Freiheitseinschränkungen herabgestuft, wenn sie nicht für alle Menschen gelten, sondern Ausnahmen für Geimpfte, Genesene und Getestete vorgesehen sind. Auf der Basis von 3G gäbe es praktisch nur noch „niederschwellige“ Freiheitseinschränkungen, die ohne das Vorliegen jeglicher Gefährlichkeitskriterien im Hinblick auf Hospitalisierungsquote, Inzidenz oder ähnliches verhängt werden könnten.

82 Es muss hier nicht weiter gerätselt werden, ob der Gesetzgeber dies tatsächlich wollte. Entscheidend für die verfassungsrechtliche Bewertung ist, dass für alle freiheitseinschränkenden Maßnahmen uneingeschränkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt. Für seine Anwendung ist nicht maßgeblich, ob der Gesetzgeber eine Maßnahme als „niederschwellig“ einstuft, sondern wie stark sie die Freiheit tatsächlich einschränkt. Und davon hängt es auch ab, ob die Maßnahme bei Vorliegen einer epidemischen Lage im Sinne von § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG ohne weiteres oder nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen angeordnet werden darf.

3. Lassen sich die Maßnahmen auf § 28 IfSG stützen?

83 Auch § 28 IfSG ist Rechtsgrundlage für Maßnahmen zur Epidemiebekämpfung, so dass auch Rechtsverordnungen gemäß § 32 IfSG in Verbindung mit dieser Vorschrift erlassen werden können. Im Unterschied zu § 28a setzt § 28 IfSG nicht das Bestehen einer epidemischen Lage voraus.

84 Was Maßnahmen angeht, die zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Epidemie an die gesamte Bevölkerung adressiert sind, ist § 28a IfSG die Spezialvorschrift. Solche Maßnahmen dürfen also nicht allein auf § 28 IfSG gestützt werden. Mit § 28a IfSG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die dort genannten sehr weitreichenden und die gesamte

Bevölkerung – einschließlich der riesigen Mehrheit der gesunden und nichtinfektiösen Menschen – verpflichtenden Maßnahmen nur in einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite möglich sein sollen. Auch wenn es sich bei den in § 28a IfSG genannten Maßnahmen regelungstechnisch um Regelbeispiele für die Anwendung der Generalklausel des § 28 IfSG handelt,[32] können die Maßnahmen nicht einfach auf die Generalklausel gestützt werden, wenn keine epidemische Lage vorliegt. Vielmehr wird durch § 28a IfSG die Generalklausel des § 28 IfSG dahingehend konkretisiert, dass die in § 28a IfSG genannten Maßnahmen nur bei Vorliegen einer epidemische Lage angeordnet werden dürfen.

85 Die hier erörterten Maßnahmen, nämlich Zugangsbeschränkungen und -verbote für symptomfreie nichtgeimpfte Personen, fallen in den Anwendungsbereich von § 28a IfSG und können nicht allein auf § 28 IfSG gestützt werden.

III. Verhältnismäßigkeit der Zugangsverbote

86 Im folgenden wird unterstellt, dass entgegen den Darlegungen im vorigen Abschnitt (II.) Zugangsverbote als auf §§ 32 i.V.m. 28, 28a IfSG gestützte Corona-Maßnahmen auch ohne Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (beziehungsweise einer epidemischen Lage in einem Land) rechtmäßig sein könnten oder dass entgegen der hier vertretenen Auffassung gegenwärtig eine epidemische Lage gegenwärtig gegeben sei. Unter diesen Voraussetzungen hängt die Rechtmäßigkeit der Zugangsverbote von ihrer Verhältnismäßigkeit ab. Als Freiheitseinschränkungen müssen sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinen drei Ausprägungen – Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit – genügen. Andernfalls verstoßen sie gegen die Grundrechte der Betroffenen.

1. Zweck der Zugangsverbote

87 Die Verhältnismäßigkeit einer Freiheitseinschränkung kann nur in bezug auf einen bestimmten Zweck – ein bestimmtes Ziel – beurteilt werden. Jeder Grundrechtseingriff muß der Erreichung eines bestimmten Gemeinwohlziels dienen und bezogen auf dieses Ziel geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig (angemessen) sein. Der Verhältnismäßigkeitsprüfung muss daher die Bestimmung des Zwecks (Ziels) der zu prüfenden Freiheitseinschränkung vorausgehen.

88 Unmittelbarer Zweck der Zugangsverbote und -beschränkungen ist die Eindämmung des Infektionsgeschehens. Durch Kontaktverhinderungen beziehungsweise Kontakteinschränkungen soll die Zahl der Virusübertragungen vermindert werden.

89 Der Eindämmungszweck kann jedoch kein Selbstzweck sein. Grundrechtseinschränkungen müssen anhand eines dem Gemeinwohl zuzuordnenden Schutzguts gerechtfertigt werden. Schutzgut des § 28a IfSG ist, wie oben (C.II.2.b, Rn. 51-53) dargelegt, die „öffentliche Gesundheit“ im Sinne von § 5 Abs. 1 IfSG, also die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Zweck ist daher insbesondere die Vermeidung einer systemischen

---

32 Vgl. z.B. *Poscher*, in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 4 Rn. 75a.

Überlastung der Intensivstationen. Soweit ersichtlich sind andere Einrichtungen oder Gegenstände der öffentlichen Gesundheitsinfrastruktur, von deren Aufrechterhaltung die „öffentliche Gesundheit“ abhängt, durch die Corona-Epidemie nicht mehr betroffen.[33] Deshalb können diese anderen Einrichtungen im folgenden außer Betracht bleiben. Gemäß § 28a IfSG ist mit den auf diese Vorschrift gestützten Maßnahmen also das Ziel anzustreben, eine systemische Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden. Der Erreichung dieses Ziels dient die mit den Zugangsverboten angestrebte Eindämmung der Epidemie.

90 Die Corona-Verordnungen der Länder sind auch durchgehend damit begründet worden, dass sie notwendig seien, um eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden.[34] Mit ihnen wird insoweit ein legitimes Gemeinwohlziel angestrebt.

91 Mitunter werden die Corona-Verordnungen auch mit dem allgemeinen Ziel des Gesundheitsschutzes und insbesondere mit dem Ziel, Todesfälle und schwere Krankheitsverläufe zu verhindern, begründet. Nicht immer ist dabei klar, ob diese Ziele als unselbständige Ziele in der Weise verfolgt werden, dass Todesfälle und schwere Krankheitsverläufe, die infolge einer Überlastung des Gesundheitssystems zu befürchten wären, vermieden werden sollen, ob die Verminderung von Todesfällen und schweren Krankheitsverläufen als eine positive Nebenfolge der auf die Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems gerichteten Maßnahmen angesehen wird, oder ob die Minimierung der Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe als – von der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems unabhängiges – selbständiges Ziel angestrebt wird.[35]

92 Nach der hier vertretenen Auffassung dürfen die Landesregierungen in ihren auf §§ 32 i.V.m. 28 und 28a IfSG gestützten Corona-Verordnungen nur das Ziel verfolgen, die öffentliche Gesundheit als Kollektivgut – nämlich die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems – zu schützen, während die individuelle Gesundheit mit Hilfe der in § 28a IfSG aufgezählten Maßnahmen nicht als selbständiges Ziel angestrebt werden darf (oben Rn. 47 ff., 53). Denn die Ermächtigung gilt nur für die vom Bundesgesetzgeber in § 28a IfSG normierte – auf die „öffentliche Gesundheit“ im Sinne von § 5 Abs. 1 IfSG als Schutzgut bezogene – Zielsetzung.[36]

93 Wäre § 28a IfSG entgegen der hier vertretenen Auffassung so zu verstehen, dass er das Ziel der dort aufgeführten Corona-Maßnahmen nicht verbindlich und abschließend festlegt, dann wäre der Verordnungsgeber nur an die weiter gefasste Zwecksetzung des § 32 IfSG („Bekämpfung übertragbarer Krankheiten“) und des § 28 IfSG („Verhinderung der

---

33 Am Anfang der Epidemie mangelte es an Schutzausrüstung, Beatmungsgeräten, Masken usw.; diese Mängel sind behoben.

34 Vgl. z.B. Begründung zur baden-württembergischen Corona-Verordnung v.30.11.2020 zu § 1 (Ziele), https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/201130_Begr%C3 %BCndung_5._CoronaVO.pdf (abgerufen am 13.12.2020); Begründung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungvom 1. September 2021, https://www.verkuendung-bayern.de/baymbl/2021-616/ (abgerufen am 2.10.2021).

35 Vgl. dazu *Dietrich Murswiek*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (3) m. Nachw., https://content.beck.de/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

36 A.A. *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 18 f.

Verbreitung übertragbarer Krankheiten“) gebunden. Diese Ziele implizieren nicht nur den Schutz der öffentlichen, sondern auch der individuellen Gesundheit. Das Ziel, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren, wäre von diesen Zielen gedeckt.

94 Verfassungsrechtlich ist auch das Ziel, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren, ein legitimes Gemeinwohlziel. Im Hinblick darauf, dass eine andere als die hier vertretene Auslegung des § 28a IfSG als möglich erscheint und nach dieser anderen Auslegung eine Festlegung auf den Schutz nur der öffentlichen Gesundheit durch den Gesetzgeber nicht erfolgt ist, werde ich im folgenden die Verhältnismäßigkeit von verordnungsrechtlich normierten Zugangsverboten nicht nur im Hinblick auf die Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems, sondern auch im Hinblick auf die Minimierung der Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe prüfen. Es ist wichtig, diese Ziele zu unterscheiden, weil die Verhältnismäßigkeit immer nur in bezug auf ein konkretes Ziel geprüft werden kann. Es ist möglich, dass eine Maßnahme in bezug auf ein Ziel verhältnismäßig, in bezug auf ein anderes Ziel aber unverhältnismäßig ist.

2. Geeignetheit

95 Die Geeignetheit einer Maßnahme ist kein anspruchsvolles Rechtfertigungskriterium Die Rechtsprechung bejaht die Geeignetheit schon dann, wenn die Maßnahme überhaupt zur Zielverwirklichung beiträgt und nicht völlig untauglich ist.

96 In diesem Sinne sind Zugangsverbote und -beschränkungen für Ungeimpfte geeignet, die Ausbreitung von SARS-CoV-2 einzudämmen, solange das Virus in Deutschland noch vorhanden ist. Denn es besteht die Möglichkeit, dass Menschen unerkannt infiziert sind und das Virus weiterverbreiten. Durch Zugangsverbote werden Kontakte unterbunden, bei denen eine Übertragung des Virus stattfinden könnte. Auch die Testpflicht als Zugangserschwerung trägt zur Reduzierung von Übertragungsmöglichkeiten bei. Zugangsverbote und Testpflichten als Zugangsvoraussetzungen sind somit geeignet, zur Eindämmung der Ausbreitung des Virus beizutragen. Damit tragen sie auch zur Erreichung der übergeordneten Ziele – Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen und Minimierung der Todesfälle und schweren Krankheitsverläufe – bei. Dies reicht aus, um die Geeignetheit zu bejahen.

97 An der Geeignetheit fehlt es hingegen bei Zugangsverboten für Personen, die eine sterile Immunität aufweisen. Da jemand mit steriler Immunität niemanden anstecken kann, sind Kontakteinschränkungen für diese Person nicht geeignet, die Ausbreitung des Virus einzudämmen, denn die Übertragung des Virus durch diese Person ist nicht möglich. Ungeimpfte Menschen, die nicht zuvor durch eine Infektion mit dem Virus natürliche Immunität erworben haben (Genesene), sind nicht immun. Dass auch Geimpfte und Genesene keine sterile Immunität gegen SARS-CoV-2 besitzen, sondern ebenfalls das Virus übertragen können, ändert nichts an der Geeignetheit von Zugangseinschränkungen für

Ungeimpfte. Allerdings wäre die Geeignetheit auch für Zugangseinschränkungen für Geimpfte und Genesene zu bejahen.[37]

3. Erforderlichkeit

98 An der Erforderlichkeit einer Maßnahme fehlt es, wenn das angestrebte Gemeinwohlziel auch ohne diese Maßnahme – mit milderen Mitteln – erreicht werden könnte. Ob dies im Hinblick auf die Zugangsbeschränkungen für Ungeimpfte zutrifft, soll im folgenden zunächst bezüglich des Ziels, die Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, und sodann bezüglich des Ziels, die Zahl der Todesfälle und schweren Krankheitsverläufe zu minimieren, geprüft werden.

a) Erforderlichkeit zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen?

99 Wird mit den Maßnahmen das Ziel angestrebt, die Überlastung des Gesundheitssystems – konkret: der Intensivstationen – zu vermeiden und auf diese Weise eine optimale Behandlung aller Patienten sicherzustellen, hängt die Erforderlichkeit von Social Distancing-Maßnahmen bezogen auf dieses Ziel davon ab, ob erstens ohne die zu beurteilenden staatlichen Maßnahmen mit einer Überlastung der Intensivstationen zu rechnen ist und ob zweitens die Überlastung der Intensivstationen mit anderen, die Freiheit weniger einschränkenden Mitteln ebensogut verhindert werden könnte.

aa) Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen ohne eindämmende Maßnahmen?

(1) Konkretisierung des Ziels

100 Um die Erforderlichkeit freiheitseinschränkender Maßnahmen zu prüfen, muss zunächst das Ziel der Maßnahmen präzis betrachtet werden. Geht es um die Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen, dann kommt es darauf an, welches Maß an Sicherheit, dass es nicht zu einer Überlastung kommen wird, angestrebt wird. Absolute Sicherheit anzustreben, kommt nicht in Betracht, weil dies ein unmögliches Ziel wäre. Durch außergewöhnliche, nicht vorhersehbare Ereignisse – etwa im Falle einer großen Katastrophe – kann es theoretisch immer zu einer – vorübergehenden – Überlastung kommen. Es muss also von Erfahrungswerten hinsichtlich der Belegung der Intensivstationen ausgegangen werden, und vor diesem Hintergrund ist die Prognose der Belegung mit Corona-Patienten zu verarbeiten. Wenn es keine absolute Sicherheit geben kann, fragt sich aber, was angestrebt wird: (1.) die Abwehr einer konkreten Gefahr für die systemische Überlastung der Intensivstationen (Gefahrenabwehr) oder (2.) die vorbeugende Vermeidung des Entstehens einer Gefahrenlage (Gefahrenvorsorge).

101 Die Überlastung der Intensivstationen lässt sich bei dynamischer Entwicklung einer Epidemie nicht verhindern, wenn man mit Gegenmaßnahmen abwartet, bis die Intensivstationen kurz vor einer systemischen Überlastung stehen. Um das Ziel zu erreichen, muss man präventiv tätig werden. Maßnahmen, die auf die Verhinderung eines befürchteten

[37] Die Verfassungsmäßigkeit der unterschiedlichen Behandlung von Geimpften und Genesenen einerseits und Ungeimpften andererseits wird unten in den Kapiteln E. und F. geprüft.

Ereignisses abzielen, sind Maßnahmen der Gefahrenabwehr. Es geht um die Abwehr eines Schadens, dessen künftiger Eintritt bei Unterlassen von Schadensabwendungsmaßnahmen nicht mit Sicherheit, aber mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann. Ist die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts – hier: der systemischen Überlastung der Intensivstationen – „hinreichend" groß, liegt eine Gefahr im Sinne des Gefahrenabwehrrechts vor. Eine Gefahr im juristischen Sinne wird definiert als eine Lage, in der bei ungehindertem Geschehensablauf (also ohne Abwehrmaßnahme) ein befürchtetes Ereignis (ein Schaden) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Dieses Kriterium wird anhand der „Je-desto-Formel" konkretisiert: Je größer der potentielle Schaden, desto geringer die erforderliche Eintrittswahrscheinlichkeit. Da die systemische Überlastung der Intensivstationen ein sehr schwerwiegendes Ereignis wäre und insbesondere die Notwendigkeit von Triageentscheidungen zur Folge hätte, reicht schon eine geringe Wahrscheinlichkeit aus, um eine Gefahr zu bejahen.

102 Von der Gefahrenabwehr ist die Gefahrenvorsorge zu unterscheiden. Ziel der Gefahrenvorsorge ist es, bereits das Entstehen einer Gefahrenlage zu vermeiden. Die Gefahrenvorsorge setzt bereits vor dem Entstehen einer konkreten Gefahr ein, also bei einer noch geringeren Wahrscheinlichkeit beziehungsweise an einem früheren Punkt auf der Zeitschiene.

103 Der neugefasste Absatz 3 des § 28a IfSG könnte dafür sprechen, dass der Gesetzgeber – insbesondere, aber nicht ausschließlich – für Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 1, 2, 2a, 4 und 17 keine Gefahrenlage voraussetzt, sondern Gefahrenvorsorge anstrebt. Der Gesetzgeber hält die betreffenden Maßnahmen für „niederschwellige Schutzmaßnahmen",[38] die zum „präventiven Infektionsschutz" ergriffen werden könnten, während „weitergehende Schutzmaßnahmen" erst bei einer „drohenden" Überlastung der regionalen und überregionalen stationären Versorgung" ergriffen werden sollen. Die Vorschrift ließe sich also so lesen, dass „weitergehende Schutzmaßnahmen" bei Vorliegen einer konkreten Gefahr der Überlastung der Kliniken und „niederschwellige Schutzmaßnahmen" bereits im Vorfeld einer Gefahr als Maßnahmen der Gefahrenvorsorge möglich sein sollen.

104 Die Vorschrift kann aber auch anders gelesen werden. Da Maßnahmen der Gefahrenabwehr präventiven Charakter haben, kann auch Satz 2 des neugefassten Absatz 3 im Sinne der Gefahrenabwehr verstanden werden. „Niedrigschwellige" Maßnahmen sind dann bei Vorliegen einer „einfachen" konkreten Gefahr zulässig, während „weitergehende" Maßnahmen erst dann getroffen werden sollen, wenn der Eintritt des Schadens „droht". Voraussetzung für „weitergehende Maßnahmen" könnte somit eine „drohende Gefahr" sein. Darunter könnte man sich vorstellen, was das Grundgesetz als „dringende Gefahr" bezeichnet (vgl. Art. 13 Abs. 4 und 7 GG), also eine Gefahr mit hohem Schadenspotential und erhöhter Eintrittswahrscheinlichkeit.[39]

---

38 Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021" und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbhG 2021), BT-Drs. 19/32275, S. 28.

39 Zu qualifizierten Gefahrenbegriffen vgl. z.B. *Wolf-Rüdiger Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 78; zur „dringlichen Gefahr" z.B. *Gilbert Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 124 m.w.N.; *Philip Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 1, 6. Auf. 2012, Art. 13 Rn. 67;

105 *Andrea Kießling* ordnet die in § 28a IfSG vorgesehenen flächendeckenden Maßnahmen der Risikovorsorge zu, nicht der Gefahrenabwehr.[40] Diese Einordnung knüpft an die Rolle der Adressaten an. In der Tat ist es so, dass von diesen keine Gefahr ausgeht. Darauf kommt es aber nicht an, wenn es um die Frage geht, welchem Ziel die Maßnahmen dienen. Sollen sie der Abwehr einer Gefahr dienen oder lediglich der Vorsorge gegen Risiken? Aus den schon genannten Gründen kann es m.E. nur um die Abwehr einer Gefahr gehen. Zum Zwecke der Risikovorsorge wäre es nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch gar nicht möglich, die Grundrechte von Nichtstörern so weitreichend einzuschränken, wie § 28a IfSG dies ermöglicht.

106 Da nach der hier vertretenen Auffassung Maßnahmen nach § 28a IfSG eine konkrete Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems voraussetzen, kommt meines Erachtens nur die Abwehr einer Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen als Ziel der auf diese Vorschrift gestützten Maßnahmen in Betracht.[41] Für dieses Verständnis spricht auch der neugefasste Absatz 7, der die Anwendbarkeit der Schutzmaßnahmen im Sinne von § 28a IfSG nach Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite auch ermöglicht, „soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung“ von COVID-19 besteht. Die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung setzt aber eine konkrete Gefahr der Überlastung der Intensivstationen voraus.[42]

(2) Die Erforderlichkeit im Zeitablauf

107 Eine Epidemie ist nicht ein punktuelles Ereignis, sondern sie dehnt sich in der Zeit. Die Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen ist daher unter Berücksichtigung der zeitlichen Dimension zu beurteilen. Ungewissheit darüber, ob die konkrete Lage bei ungehindertem Geschehensablauf zu einem Schaden führen wird, besteht nicht nur im Hinblick auf eine klar definierte Ursache-Wirkungs-Beziehung (beispielsweise Inzidenz – Erkrankungen – intensivbehandlungsbedürftige Fälle), sondern im Zeitablauf können Elemente der Gefahrenbeurteilung sich ändern (z.B. kann die Infektionskurve sich auch ohne Maßnahmen abflachen). Wenn zeitlich noch genügend Spielraum besteht, um das befürchtete Ereignis (hier die Überlastung der Intensivstationen) mit einschneidenden Maßnahmen abzuwenden, sind diese im jetzigen Zeitpunkt noch nicht zur Zielerreichung erforderlich. Man kann dann – je nach Situation – erstmal abwarten, wie die Gefahrenlage (insbesondere das Infektionsgeschehen) sich entwickelt oder zunächst weniger freiheitseinschränkende Maßnahmen einsetzen, ohne die Zielerreichung zu gefährden. Dies bedeutet, dass eine freiheitseinschränkende Maßnahme im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht erforderlich ist, wenn man – ohne die Zielerreichung zu gefährden – die Gefahr auch dann noch abwenden könnte, wenn man die in Betracht gezogene Maßnahme zu einem späteren Zeitpunkt einsetzt.

108 *Ralph Poscher* hat das so ausgedrückt: „Der maßgebliche Zeitpunkt des Ex-ante-Wissenshorizonts ist der Zeitpunkt der Gefahrenabwehrmaßnahme nur, wenn mit der Maßnahme nicht mehr abgewartet werden kann, ohne dass sich die Gefahrenabwehrchancen

---

40 *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 5.

41 A.A. *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 18 f.

42 S.o. C.II.2. Rn. 53.

verschlechtern. Der Zeitpunkt, in dem sich hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit und letztmögliche sichere Schadensabwehrmöglichkeit kreuzen, ist der Zeitpunkt, auf den sich der für das Gefahrurteil maßgebliche Wissenshorizont bezieht. Auf das Wissen in diesem Zeitpunkt kommt es für die Ex-ante-Beurteilung der Gefahr an."[43]

(3) Besteht die konkrete Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen?

109 Zur Zeit (Stand 27.9.2021) werden auf den Intensivstationen rund 1.400 COVID-19-Patienten behandelt.[44] Das ist ein erheblicher Anstieg im Vergleich zum Tief im Juli 2021 mit 350 Patienten, aber relativ wenig im Vergleich zum Hoch am Anfang des Jahres mit über 5.700 Patienten.[45] Es gibt laut DIVI-Intensivregister zur Zeit 22.415 belegbare Intensivbetten, davon sind 18.883 belegt und 3.532 frei. Hinzu kommt eine Notfallreserve in Höhe von über 10.000 Betten.[46]

110 Somit sind die Intensivstationen von einer systemischen Überlastung zur Zeit sehr weit entfernt. Eine Überlastungsgefahr bestünde nur, wenn in absehbarer Zeit mit sehr viel mehr Intensivpatienten zu rechnen wäre als bisher im gesamten Verlauf der COVID-19-Epidemie. Dafür gibt es aber keine Anhaltspunkte.

111 Seit Beginn der Epidemie hat es nie eine systemische Überlastung der Intensivstationen gegeben.[47] Es gab Engpässe an einzelnen Kliniken, wie es sie schon immer auch vor COVID-19 hin und wieder gegeben hat, aber dies ließ sich durch Verlagerung auf andere Klinken kompensieren. Im ganzen ist über den gesamten Verlauf der Epidemie hin die Auslastung der Intensivstationen in Deutschland ziemlich konstant geblieben. Die Zahl der belegten Betten hält sich – mit geringen Schwankungen – konstant um die 20.000,[48] und zwar unabhängig davon, wie hoch die Belegung mit COVID-19-Patienten jeweils war.

112 Die Zahl der freien Intensivbetten ist während der Epidemie zwar geschrumpft. Die Zahl der freien betreibbaren Betten sank während der Pandemie von zunächst über 10.000 auf im Juli 2020 rund 8.000 und ab November 2020 ständig weiter auf 6.000 bis an manchen Tagen unter 3.000. Dies hat aber nichts mit der Zahl der COVID-19-Patienten zu tun, sondern allein damit, dass die Zahl der belegbaren Betten (jedenfalls in der Statistik) reduziert worden ist. Gab es am 1.8.2020 noch 30.141 betreibbare Intensivbetten, so sind es jetzt (Stand: 27.9.2021) nur noch 22.415.[49] Die Auslastung der Krankenhausbetten insgesamt war 2020 wesentlich geringer als 2019; sie sank von 75,1 % auf 67,3 %. Die

---

43 *Ralph Poscher*, Gefahrenabwehr. Eine dogmatische Rekonstruktion, 1999, S. 116.

44 Genau genommen werden nicht Patienten, sondern belegte Betten gezählt. Deshalb führen die DIVI-Zahlen wegen Mehrfachzählungen (s.u. Fn. 61) zu einer Überzeichnung der epidemischen Situation.

45 Zahlen gemäß DIVI-Intensivregister, Stand: 27.9.2021, https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen (abgerufen am 27.9.2021).

46 S.o. Fn. 45.

47 Vgl. z.B. Fachbeirat beim BMG, Pressemitteilung v. 30.4.2021, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/2021/2-quartal/corona-gutachten-beirat-bmg.html (abgerufen am 3.10.2021).

48 S.o. Fn. 45.

49 S.o. Fn. 45.

Auslastung der Intensivstationen sank von 69,6 % auf 68,6 %.[50] Durchschnittlich wurden 2020 zur Behandlung von COVID-19-Patienten nach Angaben von *Schrappe u.a.* 2 % der stationären und 4 % der intensivmedizinischen Kapazitäten genutzt.[51] Eine im Auftrag des Bundesgesundheitsministeriums durchgeführte Studie kam sogar zu dem Ergebnis, dass im Jahr 2020 die Intensivbettenkapazität – gerechnet in Verweildauertagen – nur zu knapp 2 % mit COVID-19-Patienten belegt war.[52] Gemessen an der vorhandenen Bettenkapazität ergab sich laut dieser Studie eine durchschnittliche Belegungsquote von 1,3 % durch COVID-19-Patienten. Die höchsten tagesbezogenen Belegungsquoten habe es in der zweiten Dezemberhälfte mit knapp 5 % aller Betten gegeben.[53]

113 Obwohl die freie Kapazität der Intensivstationen wegen der geringeren Zahl betreibbarer Betten abnahm, gab es nie die Gefahr einer systemischen Überlastung[54] der Intensivstationen. Zu berücksichtigen ist, dass es eine ständige Notfallreserve von über 10.000 betreibbaren Intensivbetten gibt.[55] Diese musste noch nie in Anspruch genommen werden. Die Zahl der auf deutschen Intensivstationen behandelten Corona-Patienten schwankte seit Beginn der Pandemie zwischen unter 500 bis in der Spitze rund 5.700, während sie über den allergrößten Zeitraum deutlich unter 4.000 lag.[56] Da die Zahl der freien und betreibbaren regulären Betten plus der innerhalb von sieben Tagen aktivierbaren Notfallreserve[57] zu keinem Zeitpunkt geringer als 12.600 war,[58] wäre es selbst bei einem starken Anstieg der intensivbehandlungsbedürftigen Fälle nicht zu einer systemischen Überlastung der Intensivstationen gekommen.

114 Das Absinken der Zahl der betreibbaren Intensivbetten während der Pandemie hängt mit der Veränderung des Personalschlüssels zusammen. Dieser wurde während der Pandemie

---

50 *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung ausgewählter coronabedingter Ausgabepositionen des Einzelplans 15 und des Gesundheitsfonds, 9.6.2021 – Gz.: IX 1 – 2021 – 0572, S. 8, 26 f., abrufbar unter https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/produkte/beratungsberichte/2021/massnahmen-des-bundes-zur-corona-bewaeltigung-im-gesundheitswesen (abgerufen am 4.7.2021).

51 Bei deutlichen Differenzen in zeitlicher und räumlicher Hinsicht, *Matthias Schrappe u.a.*, Die Pandemie durch SARS-CoV-2/CoViD-19. Zur intensivmedizinischen Versorgung in der SARS-CoV-2/CoViD-19-Epidemie. 3. Ad hoc-Stellungnahme, Update 17.5.2021, S. 4, http://www.matthias.schrappe.com/index_htm_files/thesenpapier_adhoc3_210517_endfass.pdf (abgerufen am 24.5.2021).

52 *RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung / TU Berlin (Boris Augurzky / Reinhard Busse u.a.)*, Analysen zum Leistungsgeschehen der Krankenhäuser und zur Ausgleichspauschale in der Corona-Krise, 30.4.2021, S. 12, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Analyse_Leistungen_Ausgleichszahlungen_2020_Corona-Krise.pdf (abgerufen am 20.9.2021)

53 S.o. Fn. 52.

54 Mit „systemischer Überlastung" ist die Überlastung des Gesundheitssystems (des Systems der Intensivstationen) gemeint. Die Überlastung *einzelner* Intensivstationen kann unter keinen Umständen einen Lockdown rechtfertigen, weil Patienten dann anderen Intensivstationen zugewiesen werden können.

55 S.o. Fn. 45.

56 DIVI-Intensivregister, Anzahl gemeldeter intensivmedizinisch behandelter COVID-19-Fälle, https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen (abgerufen am 4.7.2021).

57 Die Reserve wird vor allem durch Personalverschiebungen aktiviert, vgl. Deutsche Krankenhausgesellschaft, https://www.dkgev.de/dkg/presse/faktencheck/ (abgerufen am 4.7.2021).

58 S.o. Fn. 45.

mehrmals geändert. Vor der Corona-Pandemie war jeder Pfleger tags für 2,5 Betten und nachts für 3,5 Betten verantwortlich. In der ersten Welle wurde diese Begrenzung außer Kraft gesetzt, was automatisch die Zahl der betreibbaren Intensivbetten erhöhte. Seit 1.8.2020 galt die alte Grenze wieder, und ab 1.1.2021 ist ein Pfleger nur noch für zwei Betten tags und für drei Betten nachts zuständig.[59] Das ist im Sinne einer optimalen Versorgung der Patienten und der Vermeidung einer Überlastung des Pflegepersonals zu begrüßen. Die daraus resultierende weitere Verknappung der Intensivbetten darf aber nicht zur Begründung freiheitseinschränkender Maßnahmen benutzt werden. Wenn es in einer Notsituation eng werden sollte, müsste eben der Pflegeschlüssel vorübergehend wieder geändert werden. Die Gefahr einer systemisch bedingten Triage-Situation lässt sich mit einer auf diese Weise zustande gekommenen Bettenknappheit nicht begründen.

115 Hinzu kommt, dass das DIVI-Intensivregister die mögliche Kapazität der Intensivstationen nicht zuverlässig widerspiegelt.[60] Das liegt zum Teil daran, dass im DIVI-Register wesentlich mehr Fälle gezählt werden als über die Krankenkassen abgerechnet werden. Das liegt an Mehrfachzählungen, wenn Patienten von einer Station auf eine andere (z.B. von Normal auf Intensiv, zurück auf Normal und wieder auf Intensiv) verlegt werden.[61] Ein anderer Grund dafür, dass die DIVI-Daten keine zuverlässige Grundlage für Epidemiebekämpfungsmaßnahmen sind, ist der Umstand, dass die Daten des Registers auf den Meldungen der Krankenhäuser beruhen. Das Krankenhausmanagement aber steuert die Zahl der verfügbaren Betten (auch) nach ökonomischen Gesichtspunkten. Wenn die Ausgestaltung der Krankenhausfinanzierung Anreize für die Erhöhung der Zahl der freien Intensivbetten setzt, wird die Zahl der freien Betten steigen. Wenn dagegen finanzielle Anreize für die Verringerung der Zahl der freien Betten gesetzt werden, wird die Zahl der freien Betten abnehmen.

116 Dass dies im Pandemieverlauf auch so geschehen ist, ist mittlerweile statistisch nachgewiesen worden. Als zu Beginn der Pandemie (vom 16.3. bis 12.7.2020) die Krankenhäuser für jedes gegenüber 2019 zusätzlich freie Bett eine Freihaltepauschale erhielten und zusätzlich für neugeschaffene Intensivbetten ein Bonus von 50.000 Euro gezahlt wurde, gab es viele freie Intensivbetten. Als ab Oktober 2020 die Freihaltepauschale und die Bonusregelung entfielen, sank auch die Zahl der freien Intensivbetten, und als ab 18.11.2020 eine neue Ausgleichzahlung in Kraft trat, die voraussetzte, dass in dem jeweiligen Landkreis weniger als 25 % der betreibbaren Intensivbetten frei waren,[62] verringerte sich die Zahl der im DIVI-Intensivregister gemeldeten freien Intensivbetten nochmals

59 Focus 8.4.2021, Warum in elf Monaten 7000 deutsche Intensivbetten verschwunden sind, https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/von-31-000-auf-24-000-warum-in-elf-monaten-7000-deutsche-intensivbetten-verschwunden-sind_id_13167403.html (abgerufen am 4.7.2021).

60 So der *Bundesrechnungshof* (Fn. 50), S. 8, 29 m. Hinw. auf eine entsprechende Einschätzung des RKI.

61 Laut *Reinhard Busse* hat der Unterschied zwischen im DIVI-Register gezählten und abgerechneten Fällen im Jahr 2020 fast 30 % betragen, *Janina Lionello*, Experten-Kritik an Intensivversorgung: Der Faktencheck, Nordbayern 20.5.2021, https://www.nordbayern.de/politik/experten-kritik-an-intensivversorgung-der-faktencheck-1.11086133 (abgerufen 3.10.2021)

62 Zu den verschiedenen Förderregimen vgl. *Bundesrechnungshof* Fn. 50, S. 23 f.; BT-Drs. 19/21742.

stark. Dies lässt sich schon an der Zeitreihe des DIVI-Intensivregisters ablesen.[63] Ein Informatiker hat dies anhand der Daten genauer analysiert und nachgewiesen.[64]

117 Der Bundesrechnungshof berichtet, das RKI habe gegenüber dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) am 11.1.2021 die Vermutung geäußert, dass Krankenhäuser zum Teil weniger intensivmedizinische Behandlungsplätze meldeten als tatsächlich vorhanden waren. Dadurch könnte der für die Gewährung von Ausgleichszahlungen erforderliche Anteil freier betreibbarer intensivmedizinischer Behandlungsplätze von unter 25 % erreicht werden. Auch seien Länder an das RKI herangetreten und hätten rückwirkend um eine Anpassung der Zahl der gemeldeten freien betreibbaren intensivmedizinischen Betten gebeten. Dabei seien Anpassungen nur für Zeiträume gefordert worden, die für die Ausgleichszahlung relevant waren. Nach Auffassung des RKI seien die gemeldeten Daten nicht mehr für die Bewertung der Situation geeignet.[65]

118 Der Bundesrechnungshof beanstandet, dass das BMG bis heute nicht in der Lage sei, die Zahl der tatsächlich aufgestellten sowie die der zusätzlich angeschafften Intensivbetten verlässlich zu ermitteln.[66]

119 Für den Aufbau neuer Intensivbetten zahlte das Bundesamt für Soziale Sicherung (BAS) von Mitte März 2020 bis Anfang März 2021 rund 686,1 Mio. Euro aus. Damit sollten 13.700 zusätzliche Intensivbetten geschaffen werden.[67] Der Bundesrechnungshof beanstandet, dass ein solcher Kapazitätszuwachs aus den vorliegenden Statistiken und Daten sowie aus dem DIVI-Intensivregister nicht abzulesen sei.[68] – Aus dem DIVI-Intensivregister ergibt sich vielmehr, dass während der Pandemie die Zahl der betreibbaren Intensivbetten nicht gestiegen, sondern von über 30.000 auf weniger als 23.000 gesunken ist.[69] Ein Teil dieses drastischen Verlustes dürfte auf Änderungen in der statistischen Zuordnung beziehungsweise auf die Änderungen des Personalschlüssels zurückzuführen sein, insbesondere der steile Abfall Anfang August 2020. Statistische Effekte erklären aber nicht das gesamte Volumen des Verlustes von 7.000 Betten, und sie erklären vor allem nicht, was aus den zusätzlichen 13.700 Betten geworden ist, für die das Geld an die Krankenhäuser geflossen ist.

120 Wenn befürchtete Engpässe bei den Beatmungskapazitäten ein Grund für die diversen Lockdowns waren, fragt sich, warum die Länder von den im Februar 2020 vom BMG beschafften 14.200 Beatmungsgeräten bis Mitte Februar 2021 nur etwa 4.500 Geräte abgerufen haben.[70] Mit den rund 10.000 noch nicht abgerufenen Beatmungsgeräten hätte man vermutlich eine erhebliche Anzahl von Low-Care-Intensivbetten auf High-Care-Intensivbetten aufrüsten können, so dass sich das Risiko einer Überlastung der Intensiv-

63 S.o. Fn. 45.

64 Dazu Bericht in der WELT 14.5.2021, Als der Informatiker seine Daten vorstellte, bekam er eine erstaunliche Antwort, https://www.welt.de/kultur/plus231069687/Corona-auf-der-Intensivstation-Das-Bergamo-Argument.html?cid=onsite.onsitesearch (abgerufen am3.6.2021).

65 Fn. 50, S. 8, 29.

66 Fn. 50, S. 10, 39.

67 *Bundesrechnungshof* (Fn. 50), S. 10, 37, 40.

68 Fn. 50, S. 10, 40.

69 S.o. Fn. 45.

70 *Bundesrechnungshof* (Fn. 50), S. 37.

betten durch Corona-Patienten weiter entspannt hätte – es sei denn, das BMG hätte untaugliche Beatmungsgeräte bestellt, aber dann hätte dieser Fehler doch längst korrigiert werden müssen.

121 Der Gesundheitsökonom Reinhard Busse behauptet, die Zahlen des DIVI-Intensivregisters seien eine Überschätzung. Da das Register Fälle erfasse und nicht Patienten,[71] komme es zu Doppelzählungen. Die tatsächlichen Patientenzahlen lägen um etwa 30 Prozent tiefer.[72]

122 Berücksichtigt man diese Umstände, so gibt es zur Zeit keinen Grund für die Annahme, dass im Laufe der befürchteten „vierten Welle“ eine Überlastung der Intensivstationen bevorsteht. Im Unterschied zu der Situation vor einem Jahr, als es im Winter zu einer maximalen Anzahl von 5.700 Corona-Intensivpatienten gekommen war, sind heute die Angehörigen der vulnerablen Gruppen ganz überwiegend geimpft.[73] Zudem hat man daraus gelernt, dass der mangelnde Schutz der Alten- und Pflegeheime ein Hauptgrund für eine große Zahl von „Corona-Toten“ und von intensivbehandlungsbedürftigen Fällen war.

123 Menschen unter 50 Jahren sind nur in seltenen Fällen schwer an COVID-19 erkrankt, und für junge Leute, vor allem für Kinder und Jugendliche war SARS-CoV-2 bislang nicht gefährlicher oder sogar weniger gefährlich als eine Grippe.[74] Intensivbehandlungs-

---

71 So auch *RWI* (Fn. 52).

72 Welt 16.6.2021, „Ein Patient wird unter Umständen doppelt gezählt“, https://www.welt.de/politik/deutschland/plus231872027/Corona-Krankenhaeuser-Ein-Patient-wird-unter-Umstaenden-doppelt-gezaehlt.html (abgerufen am 4.7.2021) – Anlage 8.

73 Das *RKI* beschreibt die Impfsituation im Wochenbericht vom 30.9.2021 so: »Der Anteil der vollständig bzw. der noch nicht Geimpften variiert stark nach Alter: Während in der älteren Bevölkerung (60+ Jahre) weiterhin etwa 14 % noch gar nicht und bereits 84 % vollständig geimpft sind, liegen diese Anteile bei den Erwachsenen unter 60 Jahren bei jeweils etwa 30 % und 70 %. Bei Kindern und Jugendlichen von 12-17 Jahren sind etwa 59 % noch ungeimpft und fast 34 % bereits vollständig geimpft. Im Zeitverlauf betrachtet zeigt sich die unterschiedliche Dynamik im Impffortschritt zwischen den Altersgruppen (Abbildung 16). In der Altersgruppe 60+ Jahre stieg der Anteil der vollständig Geimpften zwischen KW 19 und KW 28 besonders stark an, während er seitdem nur noch langsam weiter ansteigt. Kurz darauf (ab KW 20) begann auch der Anteil der vollständig Geimpften in der Altersgruppe 18-59 Jahre sichtbar anzusteigen. Für den Anteil der vollständig geimpften Jugendlichen trifft dies seit KW 28 zu und der Anstieg setzt sich in dieser Gruppe kontinuierlich fort.«, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-30.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 3.10.2021). – Neben den im Wochenbericht des RKI auf Basis des sog. Digitalen Impf-Monitorings (DIM) berichteten Impfraten führt das RKI sog. COVIMO-Studien durch. Die Ergebnisse weichen voneinander ab. Im 6. COVIMO-Report sagt das RKI, es liege nahe, „dass die auf Grundlage der COVIMO-Daten berechneten Impfquoten eher eine Überschätzung darstellen, während die Meldungen im DIM die Impfquoten vermutlich unterschätzen, die Impfquote liegt voraussichtlich zwischen diesenWerten.“, COVID-19 Impfquoten-Monitoring in Deutschland (COVIMO), 10.8.2021, Report 6, S. 3, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/COVIMO_Reports/covimo_studie_bericht_6.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 3.10.2021). Da im COVIMO-Report Nr. 6 die Quote der Erstimpfungen in der Altersgruppe 60+ bereits mit Datenstand vom 13.7.2021 mit 94,3 % angegeben wurde (S. 3) und seither in den meisten Fällen die Zweitimpfungen stattgefunden haben müssten, wird man schätzen können, dass nach den COVIMO-Daten die Quote der vollständig Geimpften in dieser Altersgruppe mittlerweile deutlich über 90 % liegt.

74 Der Median der hospitalisierten Covid-19-Patienten in Deutschland lag im Jahr 2020 bei 71 Jahren, vgl. *Reinhard Busse / Ulrike Nimptsch*, COVID-19-Pandemie: Historisch niedrige Bettenauslastung, Deutsches Ärzteblatt 2021, https://www.aerzteblatt.de/archiv/218200/COVID-19-Pandemie-Historisch-niedrige-Bettenauslastung (abgerufen am 29.9.2021).

bedürftige Fälle hat es in diesen Altersgruppen kaum gegeben.[75] Ob, wie manche befürchten, die Delta-Variante des Virus dieses Bild wesentlich ändern wird, kann man jetzt noch nicht wissen. Es spricht aber bislang nichts dafür, dass die grundsätzliche Charakteristik des Virus – dass es nämlich für alte Menschen gefährlich und für junge Menschen ungefährlich ist – bei Delta wesentlich anders ist. Da die allermeisten alten und gefährdeten Menschen mittlerweile geimpft sind (Rn. 125) und der ungeimpfte Teil der Bevölkerung ganz überwiegend jung und nicht multimorbid vorbelastet ist, wird die Ausbreitung des Virus in der „vierten Welle" bei weitem nicht zu so vielen hospitalisierungsbedürftigen Fällen führen wie in den vorangegangenen Wellen.

124 Dazu trägt auch die immer größer werdende Zahl der Menschen, die auf natürliche Weise – durch Infektion mit SARS-CoV-2 – Immunität erworben haben. Das RKI zählt zwar „nur" rund vier Millionen „Genesene",[76] also rund 4,8 % der Bevölkerung. Da aber – insbesondere bei Kindern und Jugendlichen – in sehr vielen Fällen die Infektion symptomlos verläuft, kann man davon ausgehen, dass die Zahl der natürlich Immunisierten ein Mehrfaches davon beträgt.[77]

125 Gegenwärtig dürfte die Immunisierungsquote der besonders stark gefährdeten Personen (80+ sowie multimorbid Vorbelastete) über 90 % betragen. In der Altersgruppe 60+ sind es bereits mehr als 85 % (einschließlich der Genesenen).[78] Dies bedeutet, dass aus den Altersgruppen, aus denen in den letzten Wellen die allermeisten Intensivpatienten kamen, nur noch maximal 15 % der intensivbehandlungsbedürftigen Fälle im Vergleich zur Zeit vor der Immunisierung zu erwarten sind, unter Berücksichtigung des jetzt besseren Schutzes der Alten- und Pflegeheime noch erheblich weniger. Die Zahl der intensivbehandlungsbedürftigen Fälle aus den Altersgruppen unter 60 Jahren wäre auch ohne Impfung so gering, dass sie weit davon entfernt wäre, zu einer Überlastung der Intensivstationen zu führen. Die zu erwartende Fallzahl ist inzwischen durch eine Impfquote von fast 70 % unter den 18-59-Jährigen und durch eine natürlich erworbene Immunität bei mindestens 5 % (vielleicht aber weit über 10 %) der Ungeimpften weiterhin drastisch gesunken (nämlich um mindestens 75 %, sofern nicht die Delta-Variante zu einer anderen Prognose führt).

126 Ein Blick auf die Entwicklung in England bestätigt dies. Dort ist die in Relation zu den Inzidenzen zu erwartende Hospitalisierungsquote parallel zur stark gestiegenen Impfquote drastisch gesunken und trotz im Sommer sehr hoher Inzidenzwerte[79] niedrig

---

75 Nachweise dazu unten Rn. 348, 350.

76 https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Sept_2021/2021-09-30-de.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 30.9.2021).

77 Vgl. STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung, Aktualisierung vom 18.8.2021, Epidemiologisches Bulletin 33/2021 v. 18.8.2021, S. 4, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/33_21.pdf?__blob=publicationFile: „COVID-19 ist in der Regel bei Kindern und Jugendlichen keine schwere Erkrankung. Die Mehrzahl der SARS-CoV-2-Infektionen verläuft asymptomatisch oder mit milden Symptomen; Todesfälle bei Kindern und Jugendlichen ohne Vorerkrankungen sind eine absolute Seltenheit."

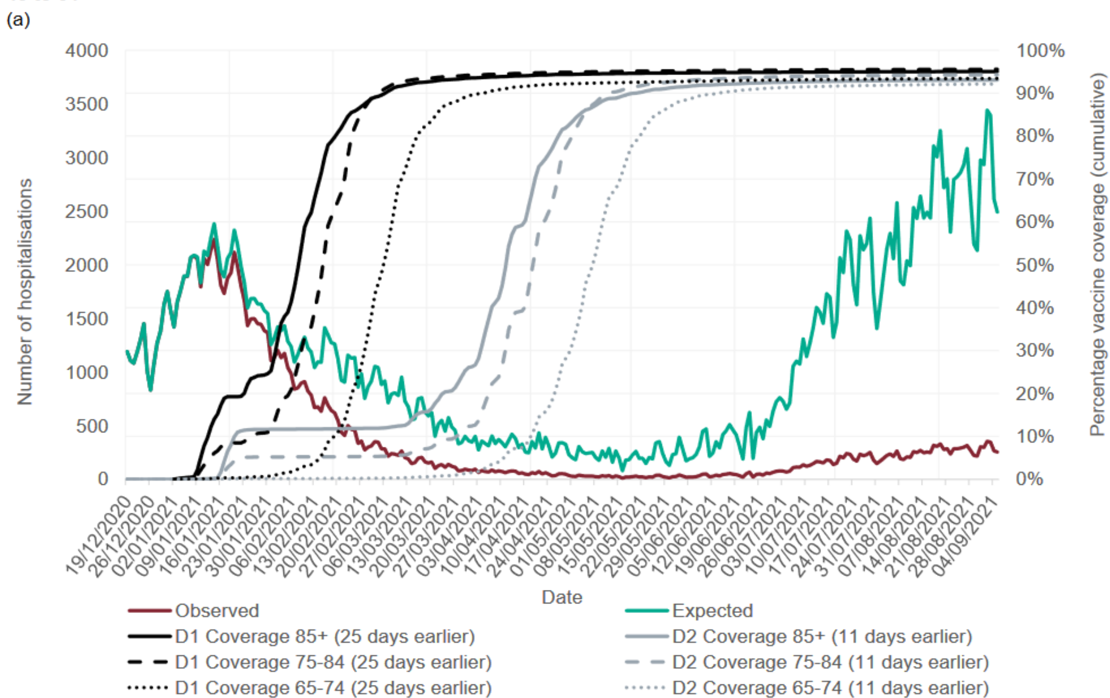
78 Impfquoten siehe Fn. 73; zur Quote der Genesenen Rn. 124. Die Impfquoten beruhen auf dem DIM; auf der Basis von COVIMO käme man zu höheren Quoten, siehe Fn. 73. Legt man den Mittelwert zugrunde, sind in der Altersgruppe 60+ bereits rund 90 % vollständig geimpft.

79 Vgl. https://coronavirus.data.gov.uk/details/cases (abgerufen am 3.10.2021).

geblieben, wie folgende von der englischen Gesundheitsbehörde – Publik Health England PHE – veröffentlichte Grafik[80] zeigt:

Figure 5. Plot of daily observed and expected COVID-19 hospitalisations in (a) adults aged 65 and over (b) adults aged 45 to 64

(a)



Da in Deutschland der Anteil der vollständig Geimpften in der hinsichtlich des Risikos einer intensivbehandlungsbedürftigen COVID-19-Erkrankung relevantesten Altersgruppe (60+)[81] mittlerweile so hoch ist wie in England, verdeutlicht dieses Beispiel, dass die Wahrscheinlichkeit einer hohen Belastung der Intensivstationen durch COVID-19-Patienten in Deutschland vergleichbar abgenommen hat.

127 Meines Erachtens ist daher die Wahrscheinlichkeit einer systemischen Überlastung der Intensivstationen in der „vierten Welle“ derart gering, dass schon das Vorliegen einer konkreten Gefahr verneint werden muss. Mangels vorhandener Gefahr sind freiheitseinschränkende Schutzmaßnahmen zur Zeit nicht erforderlich.

bb) Erforderlichkeit zur Gefahrenvorsorge – Vorhandensein milderer Mittel

128 Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit, dass es in der befürchteten „vierten Welle“ zu einer Überlastung der Intensivstationen kommt, hinreichend groß ist, um eine Gefahr zu bejahen, oder vertritt man die Auffassung, dass auch ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr zum Zweck der Gefahrenvorsorge Maßnahmen im Sinne von § 28a IfSG ergriffen werden dürfen, dann setzt die Erforderlichkeit der Maßnahmen voraus, dass das angestrebte Ziel nicht ebenso effektiv mit

---

80 *PHE*, COVID-19 vaccine surveillance report, Week 37, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1018416/Vaccine_surveillance_report_-_week_37_v2.pdf (abgerufen am 3.10.2021).

81 Zu den Anteilen der Altersgruppen an der Belegung von Intensivbetten durch COVID-19-Patienten s.u. Rn. 348 und 350.

weniger belastenden – weniger intensiv die Freiheit einschränkenden – Maßnahmen erreicht werden kann.

129 Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Schutzmaßnahmen gemäß § 28a IfSG sich nicht gegen mit COVID-19 infizierte, infektiöse und auch nicht ansteckungsverdächtige Personen, sondern an die Allgemeinheit richten. Die Freiheit der Betroffenen wird nicht beschränkt, weil von ihnen eine Gefahr ausgeht, sondern weil man dem allgemeinen Risiko entgegenwirken will, dass unter den Betroffenen Personen sind, die – unerkannt – infektiös sind. Betroffen sind aber zu mehr als 99 Prozent gesunde, nicht infektiöse Menschen. Diese sind im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne „Nichtstörer". Gefahrenabwehrmaßnahmen müssen sich in erster Linie gegen „Störer" richten, das heißt gegen diejenigen Personen, die die Gefahr verursachen. Das sind hier mit SARS-CoV-2 infizierte und infektiöse Personen sowie Ausscheider (§ 2 Nr. 6 IfSG), nicht jedoch Menschen, die weder Symptome aufweisen noch positiv getestet worden sind. Infizierte, deren Infektiosität man nicht kennt, kann man als „Verdachtsstörer" ansehen, ebenso Infektionsverdächtige.

130 Maßnahmen gegen Störer sind infektionsschutzrechtlich Maßnahmen gegen Kranke und andere Infizierte oder Ausscheider. In Betracht kommen Beobachtung (§ 29 IfSG), Absonderung (Isolierung beziehungsweise Quarantäne, § 30 IfSG) oder berufliche Tätigkeitsverbote (§ 31 IfSG). Sofern Maßnahmen gegen Störer ausreichen, um die Gefahr abzuwenden, dürfen Maßnahmen gegen Nichtstörer nicht ergriffen werden. Auch Maßnahmen gegen Verdachtsstörer, insbesondere im Infektionsschutzgesetz vorgesehene Maßnahmen gegen Infektionsverdächtige, sind nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eher möglich als Maßnahmen gegen Personen, gegen die nicht einmal der Verdacht einer Infektiosität besteht.

131 Maßnahmen gegen Nichtstörer sind auch dann nicht zulässig, wenn der Staat die Gefahr mit eigenen Mitteln – also ohne Freiheitseinschränkungen – beseitigen kann.

132 Der Staat kann der Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen dadurch entgegenwirken, dass er die vulnerablen Gruppen – also Menschen, bei denen wegen ihres Alters und/oder wegen gesundheitlicher Vorbelastungen am ehesten mit einem schweren Krankheitsverlauf zu rechnen ist, besonders schützt.

133 Er kann außerdem die Entwicklung von Therapien, insbesondere von Medikamenten, gegen schwere Krankheitsverläufe fördern. So wie die Impfstoffentwicklung mit sehr hohem staatlichen Mitteleinsatz gefördert worden ist, müssen auch Therapiemöglichkeiten gefördert werden. Denn wenn mit guter Medikation intensivbehandlungsbedürftige Krankheitsverläufe vermieden werden, senkt dies die Wahrscheinlichkeit einer Überlastung der Intensivstationen. Natürlich dauert die Entwicklung und Zulassung eines neuen Medikaments (oder eines vorhandenen Medikaments für einen neuen Anwendungsbereich) erhebliche Zeit.

134 Aber unter Umständen kann es schon ausreichen, Informationen über bereits erfolgreich erprobte Therapien und Medikamente an alle Kliniken und Ärzte weiterzugeben.[82]

---

[82] Vgl. dazu z.B. *Peter A McCullough et al.*, Multifacted highly targeted sequential multidrug treatment of early ambulatory high-risk SARS-CoV-2 infection. Reviews in cardiovascular medicine 21 (2020), 517-530. pmid: 33387997, DOI: 10.31083/j.rcm.2020.04.264 ; *Peter A. McCullough et. al.*, Pathophysiological Basis and Rationale for Early Outpatient Treatment of SARS-CoV-2

135 Jetzt hat das Pharmaunternehmen Merck & Co. in den USA eine Notfallzulassung für sein COVID-19-Medikament Molnupiravir beantragt. In der klinischen Phase-3-Studie hat dieses Medikament die Hospitalisierungsquote um 51,8 % und die Zahl der Todesfälle um 100 % gesenkt.[83] Wenn dieses Medikament zugelassen wird, wird dies die Wahrscheinlichkeit einer Überlastung der Intensivstationen nochmals stark senken.

136 Auch Gesundheitsinformationen an die Bevölkerung – gesunde Ernährung, Bewegung, gezielte Maßnahmen zur Stärkung des Immunsystems wie etwa Vitamin D-Gaben – können die Risiken schwerer Krankheitsverläufe absenken.

137 Im übrigen hat der Staat es in der Hand, auf die Zahl der verfügbaren Intensivbetten einzuwirken. Ein Mittel dazu sind finanzielle Anreize für die Krankenhäuser. Wie bereits dargelegt (oben Rn. 116) gab es in der ersten Phase der Epidemie viel mehr betreibbare Intensivbetten als später, weil das Freihalten von Intensivbetten vom Staat gefördert wurde. Als die Förderung – ausgerechnet zu Beginn der zweiten Welle – eingestellt wurde, nahm die Zahl der betreibbaren Betten drastisch ab, und danach wurde noch ein weiterer finanzieller Anreiz zur Verminderung der Bettenzahl gesetzt. Würde man diese Anreize zur Reduktion der Bettenzahl rückgängig machen und das Freihalten von Intensivbetten in einer Situation, in der man ein starkes Ansteigen der Zahl intensivbehandlungsbedürftiger COVID-19-Fälle befürchtet, wieder belohnen, wäre mit einem entsprechenden Ansteigen der Zahl betreibbarer Betten zu rechnen, und das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen sänke entsprechend.

138 Durch Anwerbung und bessere Bezahlung von Personal sowie durch Schulung vorhandenen Personals ließe sich Vorsorge für eine weitere Aufstockung der Bettenzahl schaffen.

139 Im Notfall müsste durch eine vorübergehende Änderung des Personalschlüssels (siehe oben Rn. 114) die Zahl der betreibbaren Intensivbetten weiter erhöht werden.

140 Das Allermindeste, was staatlicherseits getan werden müsste, um eine Überlastung der Intensivstationen abzuwenden, bevor Maßnahmen gegen Nichtstörer ergriffen werden, ist es, die Zahl der belegbaren Intensivbetten wieder auf den Stand von vor einem Jahr zu bringen. Am 1.9.2020 gab es 27.952 betreibbare Intensivbetten (davon 19.880 belegt und 8.072 frei), am 1.9.2021 waren es nur noch 22.542 (davon 19.140 belegt und 3.402 frei).[84]

141 Wenn diese Maßnahmen rechtzeitig ergriffen werden, bleibt genügend Zeit abzuwarten, ob sie ausreichen, um eine Überlastung der Intensivstationen zu verhüten. Der zeitliche Sicherheitsabstand zum Eintritt des befürchteten Schadens ist groß genug, um zunächst der angenommenen Gefahr ohne die hier in Rede stehenden Freiheitsbeschränkungen entgegenzuwirken – zumal ja noch die Notfallreserve von rund 10.000 Intensivbetten innerhalb von sieben Tagen mobilisiert werden könnte. Somit sind Zugangsverbote zur

(COVID-19) Infection. Am.J.Med. 134 (2021), 16-22. pmid: 32771461, https://www.amjmed.com/article/S0002-9343(20)30673-2/fulltext.

83 Medikament soll Risiko von Hospitalisierung und Tod halbieren, Welt 2.10.2021, https://www.welt.de/wissenschaft/article234159590/Molnupiravir-Medikament-soll-schlimmste-Corona-Folgen-verhindern.html (abgerufen am 2.10.2021).

84 https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen (abgerufen am 11.9.2021).

Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen jedenfalls gegenwärtig nicht erforderlich.

142 Dies gilt auch für die 3G-Regel (Testerfordernis als Zugangsvoraussetzung).

cc) Altersspezifische Erforderlichkeit

143 Allgemeine Zugangsverbote sind – wie alle allgemeinen Corona-Maßnahmen – sehr ineffektiv, weil sie das Ansteckungsrisiko in der gesamten Bevölkerung gleichmäßig zu vermindern trachten, obwohl die Risiken in der Bevölkerung äußerst unterschiedlich verteilt sind. Differenziert man die Bevölkerung nach Altersgruppen, dann zeigt sich, dass das Risiko schwerer Krankheitsverläufe bei Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen sehr gering ist und dass Kinder und Jugendliche fast nie, junge Erwachsene nur selten bei Infektion durch SARS-CoV-2 intensivbehandlungsbedürftig werden. Dies wird unten im Kapitel F. (Rn. 343 ff., insb. 348, 350) detailliert dargelegt.

144 Zumindest die Zugangsverbote für Kinder und Jugendliche sind zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen daher nicht erforderlich.[85]

b) Erforderlichkeit zur Minimierung der Todesfälle und schweren Krankheitsverläufe

145 Unterstellt man, dass – entgegen der hier vertretenen Auffassung – auf § 28b Abs. 1 IfSG gestützte Maßnahmen auch dem Ziel dienen dürfen, unabhängig von dem Ziel der Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen auch das Ziel anzustreben, die Zahl der Todesfälle und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren, und dass der Verordnungsgeber dieses Ziel auch tatsächlich verfolgt, muss in bezug auf *dieses* Ziel die Erforderlichkeit bejaht werden, sofern man davon ausgehen kann, dass Zugangsverbote für Ungeimpfte und Ungetestete die Zahl der Infektionen in epidemiologisch relevanter Weise mindern. Denn die Erforderlichkeit ist ja immer schon dann gegeben, wenn die Maßnahme die Erreichung des Ziels fördert. Dass die Verhinderung von Kontakten durch Zugangsverbote die Zahl der Infektionen und infolgedessen die Zahl von Todesfällen und schweren Krankheitsverläufen vermindern kann, ist – auch wenn Studien dafür sprechen, dass solche Maßnahmen eine eher geringe Wirkung haben – plausibel.

146 Fraglich ist aber, ob nicht ein negativer Test als Zugangsvoraussetzung (3G statt 2G) ein milderes Mittel ist, das ebenso effektiv wie ein Zugangsverbot vor Infektionen schützt. Dem wird seitens der Regierungen entgegengehalten, ein Test schließe die Möglichkeit einer Infektion nicht mit derselben Zuverlässigkeit aus wie die Versagung des Zugangs und sei daher keine gleich effektive Alternative. Dass dies zutrifft, lässt sich bestreiten, obwohl Tests nicht fehlerfrei sind. Aber Zugangsverbote können dazu führen, dass Kontakte dann gehäuft im privaten Bereich unter engen räumlichen Bedingungen stattfinden,[86] wo die Ansteckungswahrscheinlichkeit größer ist als in öffentlichen Räumen mit

---

85 Ausführlicher dazu unten Rn. 301 ff.

86 Laut STIKO sind Haushaltskontakte die primäre Quelle von Infektionen bei Jugendlichen, Begründung des Beschlusses vom 18.08.2021, S. 25, Epidemiologisches Bulletin 22 | 2021 19.

Hygienekonzepten, regelmäßiger Lüftung usw. Der kontraproduktive Effekt von Zugangsverboten könnte daher den epidemiologischen Nutzen kompensieren. Eine hochwertige („kontrollierte“) und im renommierten medizinischen Journal THE LANCET publizierte Studie hat nachgewiesen, dass die tägliche Testung von Kontaktpersonen zu COVID-19-Fällen im Schulsetting gegenüber einer Quarantäne nicht unterlegen ist, um eine weiter Ausbreitung von Infektionen zu verhindern.[87] Dies spricht dafür, die Testung als – epidemiologisch betrachtet – gleich effektives Mittel wie Zugangsverbote anzusehen, so dass 2G auch bezogen auf das Ziel, Todesfälle und schwere Krankheitsverläufe zu minimieren, am Erforderlichkeitskriterium scheitert.

147 Wer dies im Hinblick auf die Beurteilungsspielräume der Regierung anders sehen will, muss dann aber die obigen Gesichtspunkte im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. berücksichtigen.

4. Angemessenheit

a) Angemessenheit bezogen auf das Ziel, die Überlastung der Intensivstationen zu verhindern

aa) 2G – genereller Ausschluss Ungeimpfter

148 Die 2G-Regelung ist für Ungeimpfte eine äußerst schwerwiegende Freiheitseinschränkung. Je nach konkretem Anwendungsbereich der Regelung werden sie vom öffentlichen Leben und insbesondere vom kulturellen Leben fast vollständig ausgeschlossen.

149 Diese Freiheitseinschränkung wiegt besonders schwer, weil sie sich gegen Nichtstörer richtet, gegen gesunde, nichtinfektiöse Menschen, nur weil es möglich ist, dass sich in der Gesamtheit der betroffenen Gruppe auch wenige Menschen befinden, die unerkannt infektiös sind. Schwerwiegende Einschränkungen der Freiheit von Nichtstörern können allenfalls dann verhältnismäßig sein, wenn alle anderen Möglichkeiten, die Gefahr abzuwenden, erschöpft sind und der Schaden, der durch die Maßnahmen abgewendet werden kann, die Beeinträchtigung der durch die Maßnahmen Betroffenen eindeutig überwiegt.

150 Bei der Abwägung darf auf Seiten des Gemeinwohls nicht die Verhinderung der systemischen Überlastung der Intensivstationen als solche auf die Waagschale gelegt werden, sondern nur der Beitrag, den die Zugangsverbote für Ungeimpfte zur Erreichung dieses Ziels leisten. Wenn Zugangsverbote für Ungeimpfte die Wahrscheinlichkeit einer Überlastung der Intensivstationen nur geringfügig mindern, wiegen die Nachteile für die von den Verboten Betroffenen schwerer als der Nutzen für das Gemeinwohl.

151 Um die Abwägung durchführen zu können, müsste genauer ermittelt werden, auf welchen Wegen Infektionen üblicherweise stattfinden. Die Veranstaltungen und Einrichtungen, zu denen der Zugang verwehrt wird, sind ja nicht die einzigen Orte, an denen Infektionen

---

August 2021, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/33_21.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 3.10.2021).

[87] *Young et al.*, Daily testing for contacts of individuals with SARS-CoV-2 infection and attendance and SARS-CoV-2 transmission in English secondary schools and colleges: an open-label, cluster-randomised trial, The Lancet September 14, 2021, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)01908-5/fulltext (abgerufen am 3.10.2021).

stattfinden können. Es müssten also zur Begründung der Zugangsverbote Studien über Infektionswege herangezogen – und nötigenfalls zunächst in Auftrag gegeben – werden, die eine Einschätzung erlauben, was mit den Zugangsverboten im Hinblick auf das angestrebte Ziel überhaupt erreicht werden kann.

152 Zu berücksichtigen ist auch, dass die Zugangsverbote sich nur gegen Ungeimpfte richten, nicht aber gegen Geimpfte und Genesene. Aber auch Genesene und vor allem auch Geimpfte können das Virus übertragen.[88] Da die Geimpften mittlerweile die weitaus größte Gruppe der Bevölkerung bilden, ist es denkbar, dass das Virus häufiger durch Geimpfte als durch Ungeimpfte übertragen wird.

153 Mangels genauerer Kenntnisse der insoweit abwägungsrelevanten Faktoren kann die Verhältnismäßigkeitsprüfung an dieser Stelle nicht zu Ende geführt werden.

154 Wichtig ist, dass der Staat das Vorliegen der Voraussetzungen für Freiheitseinschränkungen darzulegen und nachzuweisen hat. Somit muss er auch darlegen, dass die Maßnahmen im engeren Sinne verhältnismäßig (angemessen) sind. Dazu reicht die Behauptung, die Maßnahmen dienten der Verhinderung der Überlastung der Intensivstationen nicht aus, sondern es muss dargelegt werden, wie groß der Beitrag der Maßnahmen für die Erreichung dieses Ziels ist. Dies hat der Staat bisher nicht getan.

155 Die 2G-Regel ist aber auf jeden Fall deshalb unangemessen, weil das Ziel annähernd gleich effektiv mit der 3G-Regel erreicht werden kann. 3G ist zwar nicht ganz so effektiv wie 2G. Aber das Erfordernis eines negativen Tests als Zugangsvoraussetzung schließt doch die meisten Infektionsfälle aus. Der Zusatznutzen von 2G im Vergleich zu 3G ist gering.

156 Außerdem führt 2G dazu, dass Millionen von Tests, zu denen es bei 3G kommt, nicht mehr gemacht werden, so dass dann insgesamt viel weniger Infektionsfälle entdeckt werden. Dies könnte den geringen Nutzen von 2G kompensieren oder sogar überkompensieren.

[88] Das ist in etlichen Studien nachgewiesen worden, vgl. z.B. *C.M. Brown et al.*, Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings — Barnstable County, Massachusetts, July 2021. MMWR Morb Mortal Wkly Rep 2021;70:1059-1062. DOI: http://dx.doi.org/10.15585/mmwr.mm7031e2external icon; https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_w (abgerufen am 15.9.2021); *Koen B. Pouwels et al.*, Impact of Delta on viral burden and vaccine effectiveness against new SARS-CoV-2 infections in the UK (preprint), medRxiv 24.8.2021, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.08.18.21262237v1 (abgerufen am 15.9.2021); *Po Ying Chia et al.*, Virological and serological kinetics of SARS-CoV-2 Delta variant vaccine-breakthrough infections: a multi-center cohort study (preprint), medRxiv 31.7.2021, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.07.28.21261295v1 (abgerufen am 15.9.2021). – Gerade berichten die Medien über eine „2G-Party“, an der nur Geimpfte und Genesene teilnehmen durften und bei der sich nach bisherigen Feststellungen (Stand: 14.9.2021) von 380 Teilnehmern 72 mit SARS-CoV-2 infiziert haben, vgl. z.B. Zahl steigt auf 72. Noch mehr Infizierte nach 2G-Party in Münster, ntv 14.9.2021, https://www.n-tv.de/panorama/Noch-mehr-Infizierte-nach-2G-Party-in-Muenster-article22803524.html (abgerufen am 14.9.2021). – Auch aus Ländern mit hoher Impfquote werden hohe Infektionszahlen gemeldet, vgl. z.B. Trotz Impfquote von 90 Prozent: Infektionszahlen steigen in Island auf Rekordhoch, TE 12.8.2021, https://www.tichyseinblick.de/kolumnen/aus-aller-welt/trotz-impfquote-von-90-prozent-infektionszahlen-steigen-in-island-auf-rekordhoch/ (abgerufen am 2.9.2021).

157 Somit ist die 2G-Regel unangemessen. Sie verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip im engeren Sinne und ist daher verfassungswidrig.

bb) 3G – Negativer Test als Zugangsvoraussetzung bei kostenlosem Test

(1) Die Belastung der Betroffenen

158 Der Test als Zugangsvoraussetzung schränkt die individuelle Freiheit – abgesehen von falsch positiven Testergebnissen – nur insofern ein, als der Einzelne gezwungen ist, sich testen zu lassen, um Zugang zum öffentlichen Leben zu erhalten. Die Freiheit, an Vorträgen, Konzerten usw. teilzunehmen, ins Kino, ins Theater oder ins Restaurant zu gehen, bleibt unberührt. Ihre Wahrnehmung wird lediglich erschwert.

159 Wie schwerwiegend diese Erschwerung ist, hängt von den näheren Umständen ab. Wer eine Teststation in seiner Nähe hat und dort ohne langes Warten getestet wird, ist weniger beeinträchtigt, als jemand, der einen längeren Weg zur nächsten Testmöglichkeit hat oder als derjenige, der Schwierigkeiten hat, einen Termin für den nötigen Test zu bekommen.

160 Eine wesentliche Erschwernis für die Freiheitsausübung ist es, dass spontane Entscheidungen für eine bestimmte Aktivität kaum noch möglich sind. Wer in einer Stadt unterwegs ist und spontan Lust hat, ein Museum zu besuchen, oder – was viel öfter vorkommen wird – in eine Kneipe oder ein Restaurant zu gehen, kann diesem Wunsch nicht folgen. Er muss erst eine Teststation finden, gegebenenfalls auf einen Termin warten, sich dann testen lassen, und danach auf das Ergebnis warten. Das wird regelmäßig die Ausführung spontaner Entschlüsse nicht nur erschweren, sondern unmöglich machen. Schon dies führt praktisch dazu, dass die Ungeimpften in der Wahrnehmung ihrer Freiheiten auch bei Geltung der 3G-Regel stark eingeschränkt sind.

161 Hinzu kommt, dass das Testerfordernis ja kein einmalige oder gelegentliche Angelegenheit ist. Wer ständig am öffentlichen, kulturellen und gesellschaftlichen Leben teilnehmen will, muss sich häufig testen lassen. Da ein Schnelltest nur für 24 Stunden gültig ist, muss der Einzelne bis zu 180 mal im Jahr einen Test durchführen lassen, um seine Freiheit wahrzunehmen. Die zeitliche Belastung durch den Test, die mit Anmeldung, Weg zur Teststation, Durchführung des Tests und Abrufes des Ergebnisses summiert sich zu einem hohen Anteil an Lebenszeit, die der Einzelne aufwenden muss, um seine Freiheit wahrnehmen zu können. Unterstellt, dass für einen Test (mit Wegen und Wartezeiten) durchschnittlich eine Stunde gebraucht wird, bedeuten 180 Stunden pro Jahr 22,5 Arbeitstag à 8 Stunden. Wer nur den gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Tagen (bei 5-Tage-Woche) hat, muss im Extremfall mehr Zeit für die Tests einsetzen als seinem gesamten Jahresurlaub entspricht. Das ist eine sehr starke Freiheitseinschränkung.

162 Sicherlich werden die meisten Betroffenen sich nicht täglich testen lassen, aber das wird häufig gerade daran liegen, dass sie wegen der Umständlichkeit, einen Test zu bekommen, und wegen der damit verbundenen Zeitaufwendungen viele Freiheitsausübungsmöglichkeiten nicht wahrnehmen, die sie ohne Testpflicht wahrnehmen wollten.

163 Hinzu kommen weitere Freiheitseinschränkungen im Falle falsch positiver Testergebnisse. Ein positives Ergebnis führt zur Pflicht, sich zunächst abzusondern und sich einem PCR-Test zu unterziehen. Wenn dieser dann negativ ist, hat das für den Betroffenen

unnötig nicht nur einen erheblichen zusätzlichen Zeitaufwand, sondern auch eine mehr oder weniger lange Zeit der Isolation verursacht. Falsch positive Schnelltests sind sehr häufig. Während in Baden-Württemberg bei hoher Inzidenz mehr als zwei Drittel der positiven Schnelltests im PCR-Test bestätigt wurden, waren bei niedriger Inzidenz die allermeisten im Schnelltest positiv getesteten Fälle bei Kontrolle im PCR-Test negativ. So wurden in Baden-Württemberg für die Kalenderwoche 25/2021 insgesamt 1.016 positive Antigen-Schnelltests gemeldet; bei der Kontrolle durch PCR-Tests waren davon nur 124 positiv, aber 892 – also die siebenfache Zahl – negativ.[89]

(2) Der Nutzen für das Gemeinwohl

164 Der Sinn des Testens besteht darin, unerkannte Infektionen aufzudecken, die Infizierten zu isolieren und die Kontakte nachzuverfolgen, um weitere Infizierte zu finden und zu isolieren. So soll die Ausbreitung der Epidemie eingedämmt werden.

165 Ob massenhafte Antigen-Schnelltests hierfür eine gute Strategie sind, ist umstritten. Die Zahl der durch diese Tests entdeckten SARS-CoV-2-Infektionen ist gering. Während der Dritten Welle waren in Baden-Württemberg von 100.000 Schnelltests weniger als 50 positiv, in Rheinland-Pfalz sogar weniger als 40.[90] Die Erfolgsquote betrug also maximal 0,05 % – und dies in einer Hochinzidenzphase. Auf Bundesebene gingen im April 2021 höchstens 11.000 registrierte Fälle pro Woche auf einen positiven Schnelltest zurück, während die Gesundheitsämter insgesamt pro Woche mehr als 144.000 mittels PCR bestätigte Neuinfektionen verzeichneten. Zwischen sechs und neun Prozent aller Fälle in der Infektionsstatistik gingen demnach auf den Einsatz von PoC-Antigen-Schnelltests zurück.[91]

166 Wenn nicht mehr für die gesamte Bevölkerung, sondern nur für die Ungeimpften Schnelltests Voraussetzung für den Zugang zum öffentlichen Leben sind, dann wird der Beitrag der Schnelltests zur Eindämmung der Epidemie noch geringer. Denn auch Geimpfte verbreiten das Virus weiter. Die geimpften Infizierten werden jetzt aber nicht mehr durch Schnelltests entdeckt. Da mittlerweile der deutlich größte Teil der Bevölkerung geimpft ist, verringert dies die ohnehin schon klägliche Erfolgsbilanz der Schnelltests noch weiter. Auch wenn man unterstellt, dass – wie teilweise behauptet wird – Geimpfte sich nicht so häufig infizieren wie Ungeimpfte, führt der Umstand, dass der größte Teil der potentiellen Virusträger nicht mehr mit Schnelltests gescreent wird und die Schnelltests also nur noch den kleineren Bevölkerungsteil der Nichtgeimpften auf SARS-CoV-2-Infektionen durchsieben, dazu dass diese Methode der Eindämmung der Epidemie noch viel ineffektiver wird.

167 Völlig unwirksam sind die Schnelltests aber nicht. Sie reduzieren unter den Ungeimpften die Zahl der Fälle, in denen jemand unerkannt infektiös ist und in Veranstaltungen, Restaurants usw. andere Menschen anstecken könnte, trotz der genannten Einschränkungen

---

89 SWR-Datenanalyse zur Corona-Teststrategie: Corona-Schnelltest: Aktionismus oder hilfreich?, SWR aktuell 7.7.2021, https://www.swr.de/swraktuell/coronavirus-schnelltests-in-der-dritten-welle-was-hat-es-genuetzt-100.html (abgerufen am 20.9.2021).

90 S.o. Fn. 89.

91 S.o. Fn. 89.

erheblich. Die Frage ist aber, ob dieser Gemeinwohlvorteil in der Abwägung mit den Freiheitseinschränkungen überwiegt.

(3) Abwägung

168 Bezogen auf das Ziel, eine Überlastung der Intensivstationen zu verhindern, ist nach der hier vertretenen Auffassung eine Testpflicht als Zugangsvoraussetzung nicht erforderlich, weil erstens eine Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen nicht gegeben ist und zweitens der Staat zunächst ohne Freiheitseinschränkungen der angenommenen Gefahr begegnen und insbesondere eigene Mittel zur Abwehr der Gefahr einsetzen muss. Dies gilt erst recht, wenn es nicht um Gefahrenabwehr, sondern um Gefahrenvorsorge geht.

169 Geht man aber davon aus, dass entgegen der hier vertretenen Auffassung die Erforderlichkeit der Testung als Voraussetzung für die Teilnahme am öffentlichen Leben bejaht werden kann, dann muss jedenfalls im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden, dass das Risiko der Überlastung der Intensivstationen mit anderen Maßnahmen sehr erheblich gesenkt werden könnte. Nur das nach Ausschöpfung dieser Möglichkeiten verbleibende Risiko kann zulasten der Freiheit in die Abwägung eingestellt werden.

170 Dieses verbleibende Risiko wird aber nicht als ganzes in die Abwägung eingestellt, sondern abwägungsrelevant ist nur derjenige Teil dieses Risikos, der voraussichtlich durch die Tests vermieden wird.

171 Ob diese Risikominderung dann so schwerwiegend ist, dass sie die oben dargestellten schwerwiegenden Freiheitseinschränkungen überwiegt, hängt von der epidemischen Lage ab. Gegenwärtig sind wir von einer Überlastung der Intensivstationen so weit entfernt, dass dieses Risiko als deutlich geringer einzuschätzen ist als die Belastung der Betroffenen durch die Freiheitseinschränkungen. Zu berücksichtigen ist auch an dieser Stelle, dass es sich um Maßnahmen gegen Nichtstörer handelt, die nur vorübergehend in Betracht kommen, solange eine schwerwiegende Gefahr nicht auf andere Weise bewältigt werden kann.

172 Zur bloßen Gefahren*vorsorge* kommen Maßnahmen gegen Nichtstörer ohnehin nicht in Betracht. Sollte der Gesetzgeber der Auffassung gewesen sein, dass von ihm als „niederschwellig“ eingestufte Maßnahmen unabhängig von der Gefahrenlage ergriffen und auch gegen Nichtstörer eingesetzt werden dürfen (dazu oben Rn. 69 ff.), wäre dies mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar. § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG müsste verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass die 3G-Regel nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Anwendung finden kann, also nicht unabhängig von der Erforderlichkeit und Angemessenheit im Hinblick auf die Überlastung der Intensivstationen.

cc) 3G – Negativer Test als Zugangsvoraussetzung bei kostenpflichtigem Test

(1) Die Belastung der Betroffenen

173 Nach der Bundestagswahl (ab 11.10.2021) soll es gemäß des Bund-Länder-Beschlusses vom 10.8.2021 keine kostenlosen „Bürgertests“ mehr geben (s.o. Rn. 4). Das heißt, dass

jede Person, die einen Test vorweisen muss, um Zugang zu einer Veranstaltung oder Einrichtung zu erhalten, den Test selbst bezahlen muss. Die Freiheitseinschränkung, die darin liegt, dass als Voraussetzung für den Zugang zu Veranstaltungen usw. ein negativer Corona-Test vorgelegt werden muss, wird dadurch sehr schwerwiegend intensiviert. Diese intensive Freiheitseinschränkung trifft nach der 3G-Regel nur die Ungeimpften.

174 Geht man davon aus, dass nach der 3G-Regel die Vorlage eines negativen Antigen-Schnelltests ausreicht, also kein PCR-Test erforderlich ist, müssen die Ungeimpften ab dem 11. Oktober für ihre Teilnahme am öffentlichen Leben bezahlen, und zwar mit den Kosten für den Schnelltest.

175 Wie hoch diese Kosten sind, weiß man noch nicht. Bei den „Bürgertests“ hat der Staat den Anbietern pro Test zunächst pro Abstrich 15 Euro plus Sachkosten gezahlt. Nach Bekanntwerden von Betrugsfällen sollte dann die Erstattung auf 8 Euro pro Abstrich plus 3 Euro Sachkosten, also auf 11 Euro pro Test, verringert werden.[92] Ob es bei diesem Preis bleibt, wenn der Einzelne den Test selbst bezahlen muss, ist sehr fraglich. Denn der Einzelne hat keine Nachfragemacht. Er ist auf die Angebote am Markt angewiesen. Wie sich die Marktpreise entwickeln werden, ist ungewiss. Da es weniger Tests geben wird, wenn sie für die Bürger kostenpflichtig sind, könnten die Anbieter versuchen, ihre eigenen Kosten – für Personal, Räume usw. – durch höhere Preise hereinzubekommen. In den Medien ist davon die Rede, dass selbstbezahlte Antigen-Schnelltests zwischen 18 und 40 Euro kosten.[93]

176 Angenommen, der durchschnittliche Preis für einen Schnelltest läge bei 15 Euro, dann müsste dies den durchschnittlichen Einzelnen von der Wahrnehmung vieler Freiheitsausübungsmöglichkeiten abhalten. Wer beispielsweise ins Café gehen will, müsste zusätzlich zu den 3 Euro für seinen Cappuccino 15 Euro für den Schnelltest zahlen. Ein Kinobesuch würde für den Ungeimpften nicht mehr 8 Euro, sondern 23 Euro kosten. Das Mittagessen im Restaurant oder in der Kantine kostet vielleicht 15 Euro; der Preis verdoppelt sich für Ungeimpfte auf 30 Euro. Der Museumsbesuch verteuert sich von beispielsweise 5 auf 20 Euro. Das wird kaum jemand zahlen wollen, und die meisten werden es auch nicht zahlen können – jedenfalls wenn es nicht um eine einmalige Aktivität aus ganz besonderem Anlass geht, sondern um Freiheitsausübungen, die man ohne Corona-Beschränkungen häufig vornehmen würde (Mittagessen, Café-Besuche, Kino-Besuche usw.).

177 Da ein Test 24 Stunden gültig ist, kann der Einzelne Kosten sparen, indem er innerhalb der Gültigkeitsdauer z.B. nicht nur ins Kino, sondern auch noch in die Kneipe geht. Aber wer es als Berufstätiger gewohnt ist, mittags im Restaurant oder in der Kantine zu essen, und an dieser Gewohnheit festhalten will, benötigt schon aus diesem Grunde 5 Schnelltests pro Woche. Seine Freiheit in gewohnter Weise weiterhin auszuüben, würde für viele Menschen bedeuten, dass sie mindestens 250 Tests pro Jahr benötigen. Dafür müssten sie bei einem angenommenen Preis von 15 Euro pro Test 3.750 Euro ausgeben. Es mag

---

92 tagesschau 6.6.2021, https://www.tagesschau.de/inland/coronatests-kosten-101.html (abgerufen am 15.9.2021).

93 Vgl. Diese Kosten für Corona-PCR- und Antigentests kommen auf Ungeimpfte zu, mdr 11.8.2021, https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/gesellschaft/corona-pcr-schnell-test-kosten-100.html (abgerufen am 15.9.2021).

Menschen geben, für die das „Peanuts“ sind, aber für Millionen von Menschen ist das mehr als ein ganzes Monatsgehalt. Auch für die allermeisten Schüler und Studenten ist es unbezahlbar.

178 Die 3G-Regel bedeutet daher für die meisten betroffenen Menschen eine äußerst schwerwiegende Freiheitseinschränkung, weil ihre Teilnahme am öffentlichen und gesellschaftlichen Leben wegen der ihnen auferlegten Kosten weitgehend eingeschränkt und zu einem großen Teil unmöglich gemacht wird.

179 Noch schwerwiegender wird die Belastung, wenn eine Corona-Verordnung – unter bestimmten Voraussetzungen – statt eines Schnelltests einen PCR-Test zur Voraussetzung für den Zugang zu Veranstaltungen usw. macht. Zum einen kann man einen PCR-Test nicht spontan bekommen. Es gibt viel weniger Testmöglichkeiten als bei Schnelltests, und vor allem muss man auf das Ergebnis viel länger warten, nämlich in der Regel 24 bis 48 Stunden.[94] Damit sind die Freiheitsausübungsmöglichkeiten auf Aktivitäten beschränkt, die man mit erheblicher Vorlaufzeit plant.

180 Eine für die allermeisten Menschen noch größere Einschränkung ergibt sich aus den Kosten. Der Bund hat für PCR-Tests 43,50 Euro erstattet. Auf dem freien Markt sollen die Kosten sehr viel höher sein und werden mit 79 bis 120 Euro angegeben.[95] So viel wird wohl niemand für einen Café-, Kneipen- oder Kinobesuch ausgeben wollen. Für die allermeisten Menschen läuft 3G in der Variante mit kostenpflichtigem PCR-Test auf einen faktisch vollständigen Ausschluss vom öffentlichen Leben hinaus.

(2) Einsparung von Kosten für den Staatshaushalt als Rechtfertigung?

181 Kostenpflichtige Tests haben für die Infektionsbekämpfung keinen größeren Nutzen als kostenlose Tests.

182 Die offizielle Begründung für die Kostenpflichtigkeit[96] lautet: Die Ungeimpften sollten die Kosten der Tests tragen, weil nicht einzusehen sei, dass der Staat die Tests weiterhin bezahle, wenn doch jeder die Möglichkeit habe, sich kostenlos impfen zu lassen, und nach der Impfung keine Tests mehr benötige.[97] Die Begründung ist also fiskalischer Natur: Der Staatshaushalt solle nicht mit Kosten belastet werden, die von den Ungeimpften selbst – durch ihre Weigerung, sich impfen zu lassen – verursacht würden.

183 Dieser Argumentation liegt offenbar der Gedanke zugrunde, dass der Einzelne, wenn er sich testen lässt, eine Dienstleistung in Anspruch nimmt, die er – wie jedes Produkt, das er kauft, oder wie jede andere Dienstleistung – bezahlen muss. Die bisherige Kostenübernahme durch den Staat für die „Bürgertests“ sei eine Sozialleistung gewesen, die der Staat für die Bürger erbracht habe und die nun wegfalle. Der Einzelne werde also gar nicht

---

94 https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.pcr-test-ergebnisse-dauer-mhsd.fc68c946-3442-4b6d-b9ab-6acf3395a381.html (abgerufen am 16.9.2021).

95 Vgl. Vor allem PCR-Tests werden teuer: Ab 11. Oktober müssen Bürger Corona-Tests selbst zahlen, merkur.de 16.9.2021, https://www.merkur.de/leben/gesundheit/corona-tests-ab-oktober-selbst-zahlen-kosten-pcr-antigentest-90978260.html (abgerufen am 16.9.2021).

96 Bund-Länder-Beschluss vom 10.8.2021 (oben Rn. 4), Nr. 5.

97 So beispielsweise auch Bundesgesundheitsminister Spahn: Wer sich nicht impfen lässt, muss die Kosten tragen, FAZ 14.9.2021, S. 1.

durch den Staat mit Kosten belastet und damit in seiner Freiheit beschränkt, sondern der Staat habe ihm bisher eine Leistung gewährt, die er jetzt nicht weiterhin gewähre. Der Einzelne habe aber keinen Anspruch auf diese Leistung, und das Nichterbringen einer staatlichen Leistung sei kein Freiheitseingriff.

184 Diese Argumentation geht an der Sache völlig vorbei. Denn die Tests, für die der Einzelne die Kosten zu tragen hat, werden von ihm ja nicht – wie die Kinokarte oder der Cappuccino im Café – freiwillig nachgefragt, sondern sie sind vom Staat zur Voraussetzung für die Ausübung seiner grundrechtlich garantierten Freiheit gemacht worden. Mit der 3G-Regel macht der Staat für die Ungeimpften die Freiheitsausübung kostenpflichtig.

185 Das wäre allenfalls vertretbar, wenn es Umstände in der Person des Einzelnen gäbe, die es dem Staat erlauben würden, ihm in der konkreten Situation die Teilnahme am öffentlichen Leben zu untersagen – beispielsweise, wenn er COVID-19-Syptome (oder auch nur Erkältungssymptome) zeigt.[98]

186 Die Testpflicht richtet sich aber nicht nur an Personen, die aufgrund konkreter Umstände als krankheits- oder ansteckungsverdächtig (§ 2 Nr. 5, 7 IfSG) eingestuft werden können, sondern an jeden Nichtgeimpften, also an Nichtstörer im Sinne des Gefahrenabwehrrechts. Wer meint, dass der Nichtgeimpfte die Kosten des Tests selbst verursacht hat, weil er sich nicht hat impfen lassen, pervertiert das Freiheitsprinzip in sein Gegenteil. Nach dem Grundgesetz ist jeder Mensch kraft seines Menschseins frei, und diese Freiheit ist ihm um seiner Menschenwürde willen garantiert. Die Freiheit besteht voraussetzungslos und kann nur aus Gründen des Gemeinwohls eingeschränkt werden. Wenn der Staat die Freiheit der Nichtgeimpften – also in weit mehr als 99 % der Fälle die Freiheit gesunder und nicht-infektiöser Menschen – einschränkt, um wegen des allgemeinen in Zeiten einer Epidemie gegebenen Infektionsrisikos Ziele des öffentlichen Gesundheitsschutzes zu verfolgen, dann schränkt er damit die Freiheit des Einzelnen um des Gemeinwohls willen ein. Nicht der betroffene Einzelne verursacht also die Kosten des Tests, sondern der Staat, der den Zugang zum öffentlichen Leben vom Test abhängig macht.

187 Da die Freiheit des Einzelnen mit der Testpflicht als Zugangsvoraussetzung um des Gemeinwohls willen und weder um seiner selbst willen noch, weil er eine Gefahr verursacht hätte, eingeschränkt wird, bedeutet die Notwendigkeit, den Test selbst bezahlen zu müssen, dass die Möglichkeit der Wahrnehmung seiner grundrechtlich verbürgten Freiheit der Sache nach von einem „Eintrittsgeld“ abhängig gemacht wird. Dies ist mit dem Freiheitsprinzip unvereinbar. Wenn der Staat die Freiheit des Einzelnen beschränken will, weil er ihn für potentiell gefährlich hält, muss er beweisen, dass er tatsächlich gefährlich ist. Dieser Beweisführung dienen die Tests. 3G in der kostenpflichtigen Variante bedeutet, dass der Einzelne entgegen der grundgesetzlichen Beweislastregel nicht nur beweisen muss, dass er nicht infektiös ist, sondern dass er darüber hinaus die Kosten der dem Staat obliegenden Beweisführung tragen muss. Dies verstößt gegen die Grundrechte, in die durch die Zugangsverbote eingegriffen wird.

188 Somit ist die offizielle Begründung für die Belastung des Einzelnen mit den Kosten der Tests völlig ungeeignet, die kostenpflichtige Testpflicht zu rechtfertigen.

---

98 Dann wäre allerdings kein Grund gegeben, die Testpflicht auf Ungeimpfte zu beschränken.

(3) Der Nutzen für den Infektionsschutz

189 Wie gesagt, ist die Kostenpflichtigkeit der Tests als solche für die Eindämmung der Epidemie irrelevant. Die zusätzlichen Freiheitseinschränkungen, die aus der Kostenpflichtigkeit resultieren (oben Rn. 175 ff.), könnten der Eindämmung der Epidemie unter zwei Aspekten nützen: Sie führen entweder dazu, dass Ungeimpfte weitgehend von öffentlichen Einrichtungen und Veranstaltungen ferngehalten werden und insofern nicht zur Verbreitung des Virus beitragen können, oder sie werden durch den finanziellen Druck in die Impfung hineingetrieben. Letzteres dürfte sogar der eigentliche – aber seitens der Politiker sorgsam verschwiegene – Zweck der Kostenpflichtigkeit sein.

190 Finanzielle Pressionen zur Steigerung der Impfbereitschaft sind sicherlich geeignet, die Impfquote zu erhöhen. Ob dies zur Eindämmung der Epidemie beiträgt, hängt davon ab, ob die Geimpften wesentlich weniger oft infektiös werden als die Ungeimpften. Hierüber besteht noch keine Klarheit. Während klar ist, dass auch Geimpfte sich infizieren und das Virus weiterübertragen können, gibt es Studien, die sagen, dass dies nicht so häufig wie bei Ungeimpften vorkomme. Soweit es um die Vermeidung der Überlastung der Intensivstationen geht, argumentieren die Bundesregierung und die Landesregierungen, dass in Deutschland die meisten COVID-19-Intensivpatienten ungeimpft seien, so dass die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen hauptsächlich von den Ungeimpften ausgehe. Zur Abwendung dieser Gefahr kommen freiheitsbeschränkende Maßnahmen aber nur dann in Betracht, wenn die konkrete Gefahr tatsächlich besteht. Dies ist zur Zeit nicht der Fall, war in der laufenden Corona-Epidemie in Deutschland noch nie der Fall und wird aller Wahrscheinlichkeit nach auch bis zum Ende dieser Epidemie nicht der Fall sein (s.o. Rn. 109 ff.).

191 Vor allem aber sind Freiheitseinschränkungen, die darauf abzielen, den Einzelnen zu einer COVID-19-Impfung zu bewegen, von vornherein illegitim. Dies werde ich unten in einem besonderen Kapitel (F.) darlegen.

192 Soweit die finanzielle Belastung der Ungeimpften mit den Kosten der Tests darauf abzielen sollte, sie vom Gebrauch ihrer Freiheit hinsichtlich der Teilnahme am öffentlichen Leben abzuhalten, hängt der Gemeinwohlnutzen dieser zusätzlichen – über die Testpflicht als solche hinausgehenden – Freiheitseinschränkung davon ab, wieviele Menschen sich durch die Kosten wie oft von der Teilnahme an Veranstaltungen, vom Restaurantbesuch usw. abschrecken lassen. Die Belastung mit den Kosten wird sicherlich zu vielen Millionen vermiedener Teilnahmen führen.

193 Ob damit die Ausbreitung des Virus in erheblichem Maße eingeschränkt werden kann, ist allerdings fraglich. Denn das Virus wird ja auch durch Geimpfte weiterverbreitet. Diese infizieren sich vielleicht nicht so häufig wie Ungeimpfte, aber da sie sich nicht testen lassen müssen, bleibt ihre Infektion eher unerkannt, so dass sie vielleicht nicht weniger häufig, möglicherweise sogar häufiger als Ungeimpfte Überträger des Virus sind.[99] Und die Ungeimpften können (wie die Geimpften) auch außerhalb der Veranstaltungen und Einrichtungen, für die ein Test vorgeschrieben ist, das Virus übertragen. Wenn sie wegen

99 Siehe auch unten Rn. 258 mit Fn. 139.

der Kosten testpflichtige Veranstaltungen und Einrichtungen vermeiden und sich nur selten testen lassen, werden auch weniger Infektionen bei Ungeimpften entdeckt. Dies wiederum erhöht dann die Zahl der Ungeimpften, die das Virus weiterverbreiten. Insofern ist die Kostenpflichtigkeit der Tests kontraproduktiv.

194 Im übrigen sei daran erinnert, dass die Ungeimpften in ihrer überwältigenden Mehrheit nicht infektiös sind. Wir hatten gesehen, dass fast alle Menschen, die einen Schnelltest gemacht haben, sich als negativ erwiesen. Die Quote der positiven Tests lag bei maximal 0,05 % (s.o. Rn. 165). Wenn man die Ungeimpften nun mit Hilfe der Kostenpflichtigkeit der Tests davon abhält, an Veranstaltungen usw. teilzunehmen, trifft dies zu rund 99,9 % Menschen, die nicht infektiös sind.

195 Der Erfolg der Kostenpflichtigkeit der Tests für die Infektionsbekämpfung und insbesondere für die Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen ist – sofern überhaupt vorhanden und nicht durch die kontraproduktiven Effekte kompensiert – also äußerst gering.

(4) Abwägung

196 In der Abwägung ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, dass es um Freiheitseinschränkungen von Nichtstörern geht, die im Rechtsstaat nur als Ultima ratio und nur vorübergehend – bis die Gefahr mit anderen Mitteln abgewendet werden kann – zulässig sind.

197 Wenn Tests als Zugangsvoraussetzungen in der gegenwärtigen Lage verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können, dann kann jedenfalls der Staat, der diese Tests vorschreibt und damit die Kosten verursacht, wenigstens die Kosten tragen.

198 Der Nutzen der Kostenpflichtigkeit für die Epidemiebekämpfung tendiert gegen Null und ist jedenfalls sehr gering. Zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen trägt die Kostenpflichtigkeit absolut nichts bei.[100] Die Intensität der Freiheitsbeschränkung für die Betroffenen ist bei für sie kostenpflichtigen Tests dramatisch viel größer als bei kostenlosen Tests. Die Kostenpflichtigkeit läuft darauf hinaus, dass ein großer Teil der Bevölkerung vom öffentlichen Leben praktisch ausgeschlossen wird, obwohl dies für die Epidemiebekämpfung gar nicht nötig wäre.

199 Die Abwägung ergibt somit eindeutig, dass die 3G-Regel in der Variante mit für die Bürger kostenpflichtigen Tests unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig ist.

dd) Altersspezifische Abwägung

200 Da die Risiken, an COVID-19 schwer zu erkranken, in der Bevölkerung nach Alters- und Risikogruppen sehr unterschiedlich verteilt sind, ist auch der Nutzen, den Corona-Maßnahmen im Hinblick auf das Ziel, eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, haben können, unterschiedlich groß, je nachdem, auf welche Gruppe sich die Maßnahmen

---

[100] Es sei denn, sie fungiere als Druckmittel, sich impfen zu lassen. Dass sie unter diesem Aspekt nicht gerechtfertigt werden kann, wird unten im Kapitel F. dargelegt.

beziehen.[101] Im Hinblick darauf, dass die Infektion mit SARS-CoV-2 bei alten Menschen relativ häufig zur Intensivbehandlungsbedürftigkeit führt, bei jüngeren Menschen selten und bei Kindern und Jugendlichen fast nie, ist der Gemeinwohlnutzen, den Zugangsverbote für die Erreichung des genannten Ziels haben, bezüglich der verschiedenen Altersgruppen sehr unterschiedlich groß. Das muss bei der Abwägung berücksichtigt werden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, auf die unterschiedlichen Risikobeiträge der Altersgruppen abzustellen. Wenn Kinder und Jugendliche so gut wie nie nach einer SARS-CoV-2-Infektion auf die Intensivstationen müssen und die ihnen auferlegten Zugangsverbote so gut wie nichts zur Entlastung der Intensivstationen beitragen, dann ist es evident unverhältnismäßig, sie in die 2G- und 3G-Regeln einzubeziehen.

b) Angemessenheit bezogen auf das Ziel, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren

201 Das Ziel, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren und auf diese Weise auch für jeden Einzelnen das Risiko zu senken, an COVID-19 zu sterben oder schwer zu erkranken, ist ein legitimes Gemeinwohlziel. Nach meiner Auffassung darf dieses Ziel aber nicht mit den in § 28a IfSG vorgesehenen Maßnahmen angestrebt werden. Denn diese Maßnahmen dienen der Bewältigung einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung und damit der Abwehr von schweren Gefahren für die öffentliche Gesundheit und nicht der Optimierung des Gesundheitsschutzes.

202 Wenn die Maßnahmen nicht zur Abwehr einer Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen erforderlich sind, weil eine solche Gefahr nicht besteht, dann geht es nur noch um die Minderung von Gesundheitsrisiken, die im Vergleich zu anderen Lebens- und Gesundheitsrisiken erheblich weniger riskant sind. Dazu ermächtigt nach meiner Auffassung § 28a IfSG nicht (dazu bereits oben Rn. 89 ff.). Der neugefasste § 28a Abs. 3 IfSG sieht in Satz 3 für „weitergehende Schutzmaßnahmen“ auch ausschließlich das Ziel vor, eine drohende Überlastung der stationären Versorgung zu verhindern. Möglicherweise sollen die „niederschwelligen Schutzmaßnahmen“ gemäß Satz 2 bereits dann erlaubt sein, wenn noch keine Überlastung der Intensivstationen droht. Aber unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss gesehen werden, dass die 3G-Regel (Satz 2 i.V.m. Absatz 1 Nr. 2a) insoweit nicht als „niederschwellig“ angesehen werden kann, als sie sich für die Betroffenen als Maßnahme im Sinne von Absatz 1 Nr. 5-8 oder 10-16 auswirkt.

203 Verfassungsrechtlich gilt jedenfalls: Um Risiken zu bekämpfen, die nicht ganz erheblich größer sind als die allgemeinen Lebensrisiken, die seit jeher akzeptiert sind und den Staat noch nie zu Interventionen durch Freiheitsbeschränkungen für die Allgemeinheit bewogen haben, darf nicht die Freiheit von Menschen eingeschränkt werden, die für diese Risken nicht verantwortlich sind.[102]

---

[101] Dazu ausführlich unten Rn. 343 ff., insb. 348 ff.

[102] Vgl. *Dietrich Murswiek*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (10), https://content.beck.de/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

204 Schon das Freiheitsprinzip gibt insoweit das Abwägungsergebnis vor. Der Einzelne ist für die Senkung allgemeiner Lebensrisiken nicht verantwortlich, und der Staat darf ihn nicht durch Freiheitseinschränkungen dafür in Anspruch nehmen. Der Staat mag, wenn er dies für richtig hält, durch Ausbau des Gesundheitssystems und andere – nicht freiheitseinschränkende Maßnahmen – die vorhandenen Gesundheitsrisiken einschließlich derer durch SARS-CoV-2 minimieren. Aber Freiheitseinschränkungen zur Minimierung von Risiken, die unterhalb des Levels allgemein akzeptierter allgemeiner Lebensrisiken bleiben, sind immer unverhältnismäßig, wenn sie sich gegen Personen richten, die diese Risiken nicht verursachen.

205 Weiterhin ist für die Abwägung wichtig, dass fast alle Menschen, die sich als durch SARS-CoV-2 gefährdet ansehen, sich durch die Impfung schützen können, und dass die Angehörigen der Risikogruppen heute bereits ganz überwiegend geimpft sind. Wenn es um die Minderung von Lebens- und Gesundheitsrisiken geht, dann geht es also nur noch um die Minderung der Risiken derjenigen Menschen, die aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können. Die meisten dieser Menschen, nämlich Kinder unter 12 Jahren, für die es noch keinen Impfstoff gibt, sind aber überhaupt nicht gefährdet. Die Risiken der kleinen verbleibenden Gruppe von Menschen können von diesen auch eigenverantwortlich – gegebenenfalls mit staatlicher Hilfe – gemindert werden. Einen Anspruch auf völlig risikofreies Leben hat niemand. Schwerwiegende Freiheitseinschränkungen für Nichtstörer lassen sich mit der geringfügigen Minderung dieser Risiken – und mehr als eine geringfügige Minderung ist durch die Maßnahmen nicht möglich – jedenfalls nicht rechtfertigen.

IV. Zwischenergebnis

206 Die 2G- und die 3G-Regel schränken die Freiheit Ungeimpfter in vielfältiger Weise ein. Bei 2G sind Ungeimpfte vom öffentlichen Leben praktisch vollständig ausgeschlossen, während bei 3G die Teilnahme durch das Testerfordernis erheblich erschwert wird.

207 Sowohl die 2G- als auch die 3G-Regel setzen voraus, dass eine epidemische Lage von nationaler Bedeutung gegeben ist. Diese wurde zwar vom Bundestag festgestellt. Da aber ihre materiellen Voraussetzungen nicht vorliegen, dürfen Maßnahmen auf der Basis von § 28a IfSG – und dazu gehören 2G oder 3G – schon aus diesem Grunde nicht erlassen werden.

208 Unabhängig davon wäre 2G als generelle Regelung verfassungswidrig, weil unverhältnismäßig. Der Gewinn für die Eindämmung der Pandemie wäre im Vergleich zu 3G gering, während der Ausschluss vom öffentlichen Leben die Betroffenen äußerst schwer trifft.

209 Auch 3G lässt sich – ganz besonders in der kostenpflichtigen Variante (der Einzelne muss den Test selbst bezahlen) – verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen und ist wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verfassungswidrig.

D. Quarantänepflichten als Freiheitseinschränkungen

210 Die Absonderung von Reiserückkehrern und von – wegen Kontakts mit PCR-positiv getesteten Personen – Ansteckungsverdächtigen (Quarantäne) ist ein Eingriff in die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG).

211 Die Quarantäne kann zur Eindämmung einer gefährlichen Epidemie geeignet und erforderlich sein. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne hängt von der Größe der Gefahr ab, der mit der Quarantäne begegnet werden soll und von dem konkreten Beitrag, den die Quarantäne zur Eindämmung der Gefahr leistet. Dieser Beitrag ist der Gemeinwohlnutzen, der in die Abwägung eingeht. Auf der anderen Seite steht die Freiheitseinschränkung der Betroffenen, deren Intensität vor allem von der Dauer der Quarantäne abhängt.

212 Hinsichtlich der Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unterscheiden sich die Quarantänepflichten von den Verboten und Beschränkungen des Zugangs zum öffentlichen Leben dadurch, dass Letztere sich an die Allgemeinheit richten, während die Quarantänepflichten an „Ansteckungsverdächtige“ adressiert sind. Mag auch dieser Ansteckungsverdacht sehr dünn sein (wie meist bei Reiserückkehrern), so wird hier die Freiheitseinschränkung immerhin mit Umständen begründet, die den Betroffenen Einzelnen aus der Allgemeinheit herausheben, indem sie für die betroffene Person eine erheblich größere Wahrscheinlichkeit begründen, dass sie mit SARS-CoV-2 infiziert sein könnte, als dies bei Menschen der Fall ist, bei denen solche risikoerhöhenden Umstände nicht vorliegen. Dies erleichtert die Rechtfertigung von Quarantänemaßnahmen im Vergleich zu Maßnahmen, die an die Allgemeinheit adressiert sind. Zu beachten ist bei der rechtlichen Bewertung aber, dass auch diese Personen nicht „Störer“ im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne sind. Denn eine konkrete Infektionsgefahr geht von ihnen nicht aus. Dafür ist das Risiko zu gering. Sie werden nicht zur Abwehr einer von ihnen verursachten Gefahr, sondern zur Minderung der allgemeinen epidemischen Gefahr herangezogen.

213 Ob die konkrete Lage der SARS-CoV-2-Epidemie in Deutschland die Quarantäne für Reiserückkehrer und Kontaktpersonen noch erfordert, soll hier nicht untersucht werden. Die Fragestellung des Gutachtens ist darauf gerichtet, ob durch die Ungleichbehandlung der Ungeimpften ein verfassungswidriger Impfdruck erzeugt wird. Die Problematik der Ungleichbehandlung bezüglich der Quarantäne wird unten in den Kapiteln E. und F. behandelt.

E. Die Ungleichbehandlung Ungeimpfter im Vergleich zu Geimpften und Genesenen

I. Die Ungleichbehandlung Ungeimpfter

214 In den 2G- und 3G-Modellen werden Ungeimpfte im Vergleich zu Geimpften und Genesenen ungleich behandelt. Geimpfte und Genesene haben uneingeschränkt Zugang zu Veranstaltungen, Einrichtungen, Restaurants usw., während Ungeimpften der Zugang vollständig verboten (2G) oder nur bei Vorlage des Nachweises eines negativen Tests erlaubt ist (3G).[103]

215 Auch bei der Quarantäne werden Geimpfte und Genesene im Vergleich zu Ungeimpften bevorzugt. Personen, für die nach Landesrecht, das aufgrund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassen wurde, eine Absonderungspflicht besteht, sind nach § 10 Abs. 1 SchAusnahmV von dieser Pflicht ausgenommen, wenn sie geimpft oder genesen sind. Mit anderen Worten: Die nach Landesrecht vorgesehenen Quarantänepflichten gelten (mit den in § 10 Abs. 2 SchAusnahmV vorgesehenen Ausnahmen) nur noch für Ungeimpfte.

216 Auch die bundesrechtlich geregelte Quarantänepflicht für Reiserückkehrer benachteiligt Ungeimpfte. Für Personen, die aus einem Hochrisikogebiet einreisen, gilt eine 10-tägige Quarantänepflicht. Geimpfte und Genesene können sich durch Übermittlung ihres Impf- beziehungsweise Genesenennachweises an die zuständige Behörde von dieser Pflicht befreien. Ungeimpfte können die Quarantäne vorzeitig beenden, wenn sie einen negativen PCR-Test nachweisen, der allerdings frühestens fünf Tage nach der Einreise erfolgt sein darf (§ 4 Abs. 2 SchAusnahmV). Vereinfacht gesagt: Für Geimpfte gilt die Quarantänepflicht nicht, für Ungeimpfte gilt sie für 10 Tage mit Verkürzungsmöglichkeit auf fünf Tage durch einen negativen PCR-Test.

217 Der Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) verbietet nicht jede Ungleichbehandlung, sondern erlaubt Differenzierungen aus sachlichen Gründen. Die Ungleichbehandlung ist erlaubt, wenn sie sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

II. Kriterien für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen – allgemein und bezogen auf Geimpfte und Ungeimpfte

218 Voraussetzung für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist zunächst, dass der Staat mit der Differenzierung einen legitimen – das heißt vom Grundgesetz nicht verbotenen – Zweck verfolgt.

---

[103] Das zusätzliche Problem, dass ein erheblicher Teil der Ungeimpften durch eine SARS-CoV-2-Infektion immunisiert ist, aber rechtlich nicht den Genesenenstatus erhält, weil dieser nur zuerkannt wird, wenn ein positiver PCR-Test vorliegt (§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV), wird in diesem Gutachten nicht behandelt.

219 Wenn ein legitimer Zweck gegeben ist, muss außerdem die Ungleichbehandlung zur Erreichung dieses Zwecks verhältnismäßig sein. Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtfertigungsanforderungen in einem Grundsatzbeschluss wie folgt formuliert:[104]

»Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 117, 1 [30]; 122, 1 [23]; 126, 400 [416] m. w. N.). Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, dass die Ungleichbehandlung an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpft, sondern verlangt auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist (vgl. BVerfGE 124, 199 [220]). Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 55, 72 [88]; 88, 87 [97]; 93, 386 [397]; 99, 367 [389]; 105, 73 [110]; 107, 27 [46]; 110, 412 [432]).

Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfGE 75, 108 [157]; 93, 319 [348 f.]; 107, 27 [46]; 126, 400 [416] m. w. N.). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]) oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 124, 199 [220]). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]). Im Übrigen hängt das Maß der Bindung unter anderem davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; 127, 263 [280]).«

220 Nach dieser Rechtsprechung wachsen die Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung, je intensiver die aus ihr resultierende Belastung für die Betroffenen ist. Die Intensität wächst, je weniger der Betroffene das Kriterium der Ungleichbehandlung beeinflussen kann und je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch von Freiheitsrechten erschwert. Mit der Intensität der Belastung wachsen, wie *Kingreen/Poscher* schreiben,[105] die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit: „Die Ungleichbehandlung muss geeignet und erforderlich sein, gerade den verfolgten Zweck zu erreichen, und sie darf auch nicht weiter reichen als dieser Zweck. Dabei ist vor allem zu prüfen, ob die Differenzierung von einem hinreichenden Sachgrund getragen ist, der in einem Sachzusammenhang mit der Verschiedenheit der ungleich behandelten Sachverhalte steht.[106] Die

---

[104] Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07 = BVerfGE 129, 49 (68 f.).

[105] *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 531.

[106] *Britz*, NJW 2014, S. 346 (350).

Intensität der Ungleichbehandlung beeinflusst zudem die Typisierungstoleranz, d.h. die Differenzierung muss mit größerer Treffsicherheit nur solche Fälle erfassen, für die der Zweck trägt.[107] Zudem muss der verfolgte Zweck in einem angemessenen Verhältnis zu der Intensität der Ungleichbehandlung stehen. Das Bundesverfassungsgericht prüft die Angemessenheit meist nicht separat, sondern erörtert sie oftmals bereits im Rahmen des legitimen Zwecks.[108]“

221 Wesentlich ist im Kontext der Benachteiligung Ungeimpfter, dass die Benachteiligung sich auf ihre Freiheitsausübung bezieht. Die durch das Grundgesetz garantierte Freiheit ist aber grundsätzlich gleiche Freiheit. „Verfassungsrechtlicher Gleichheitsschutz flankiert damit den Freiheitsschutz. Je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten negativ auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheit auswirken kann, desto engere Grenzen sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gesetzt.“[109]

222 Die Unterscheidung, die die Corona-Verordnungen mit der 2G- oder 3G-Regel machen, bezieht sich auf den Freiheitsstatus der Betroffenen: Den Geimpften wird, wie Politiker immer wieder formuliert haben, „ihre Freiheit zurückgegeben“, nachdem sie ihnen im Lockdown genommen worden war, während die Ungeimpften die Konsequenzen ihrer Impfverweigerung tragen müssten, indem sie ihre Freiheit nicht „zurückerhielten“. Obwohl das Grundgesetz allen Menschen die gleiche Freiheit garantiert, wird sie hinsichtlich des Zugangs zu Veranstaltungen, Einrichtungen usw. den Ungeimpften vorenthalten beziehungsweise wird die Ausübung dieser Freiheit ihnen durch die Testpflicht und durch die Verpflichtung, die Test selbst zu bezahlen, wesentlich erschwert und weitgehend faktisch unmöglich gemacht (dazu oben Rn. 173 ff.).

223 Entsprechendes gilt für die Ungleichbehandlung bei der Quarantäne. Auch diese bezieht sich auf die Freiheit der Betroffenen. Der Quarantänepflichtige wird in seiner Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) beschränkt. Quarantäne bedeutet, dass der Betreffende für die Dauer der Absonderung seine Wohnung (oder eine andere Unterkunft) nicht verlassen darf. Diese Freiheitseinschränkung gilt im Rahmen der dargestellten Regelungen nur für Ungeimpfte, nicht aber für Geimpfte.

224 Hinzu kommt, dass die Unterscheidung von Geimpften und Ungeimpften letzteren die Möglichkeit eröffnet, die ihnen vorenthaltene Freiheit durch eine Impfung zurückzugewinnen. Auf diese Weise wird durch die Unterscheidung ein sehr starker Druck, sich impfen zu lassen, erzeugt. Dieser Druck schränkt die Freiheit der Betroffenen zusätzlich in sehr starkem Maße ein. Hier ist das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit betroffen und zudem die Menschenwürde berührt (dazu unten Kapitel F.).

225 Da die Ungleichbehandlung sich auf äußerst weitreichende Freiheitseinschränkungen bezieht, ist ein strenger Verhältnismäßigkeitsmaßstab anzuwenden.

226 Dies bedeutet, dass der Zweck der Ungleichbehandlung legitim und die Ungleichbehandlung geeignet und erforderlich sein muss, um den Zweck zu erreichen. Außerdem müssen

---

107 *BVerfGE* 133, 377 (413); zu den Anforderungen an Typisierungen *BVerfG*, DStR 2017, S. 1094 (1100 f.).

108 *Britz*, NJW 2014, S. 346 (350).

109 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 18 m. Hinw. auf *BVerfGE* 98, 365 (389); 116, 135 (161).

Art und Intensität der Ungleichbehandlung in angemessenem Verhältnis zum Zweck der Ungleichbehandlung stehen. Je einschneidender die Ungleichbehandlung, desto gewichtiger müssen die Ziele des Verordnungsgebers sein, die diese Ungleichbehandlung rechtfertigen.[110]

III. Lässt sich die Ungleichbehandlung Ungeimpfter rechtfertigen?

1. Legitimer Zweck der Ungleichbehandlung

227 In den Medien ist immer wieder gesagt worden, man müsse den Druck auf Ungeimpfte erhöhen, um sie zur Impfung zu bewegen. Als Mittel dieses Drucks wurden die Kostenpflichtigkeit der Tests und der völlige Ausschluss Ungeimpfter von der Teilnahme an Veranstaltungen im Sinne der 2G-Regel empfohlen, ebenso die Streichung der Verdienstausfallentschädigung für ungeimpfte Quarantänepflichtige.[111] Sollte dies der unausgesprochene Zweck der Ungleichbehandlung Ungeimpfter sein, dann wäre dies ein verfassungsrechtlich nicht legitimer Zweck. Denn die Ausübung staatlichen Drucks, um Menschen dazu zu bringen, sich gegen COVID-19 impfen zu lassen, ist mit den Grundrechten der Betroffenen unvereinbar und verletzt ihre Menschenwürde, wie ich im Kapitel F. darlegen werde.

228 Als legitimer Zweck der 2G- und 3G-Regeln sowie auch der Quarantäne-Regeln kommt jedoch in Betracht, einer unterschiedlichen Infektiosität von Geimpften und Ungeimpften[112] Rechnung zu tragen.

229 Als die Impfkampagne begann, ging man davon aus, mit Hilfe der Impfung könne man die Epidemie beenden, indem man – bei hinreichend hoher Impfquote – eine Herdenimmunität erreicht. Man setzte offenbar voraus, dass die Corona-Impfung sterile Immunität vermittle, die allenfalls in seltenen Fällen durchbrochen werden könne. Von dieser Annahme gehen unausgesprochen viele Stellungnahmen von Politikern und Kommentare in den Medien immer noch aus. Anders wäre überhaupt nicht verständlich, warum man meint, mit Hilfe der Impfung die Epidemie beenden zu können. Auch wäre anders das Argument nicht verständlich, man müsse den Geimpften „ihre Freiheit zurückgeben“, weil sie ja – anders als die Ungeimpften – nicht mehr gefährlich seien.

230 Auch der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und § 28c IfSG, auf den sich diese Verordnung stützt, scheint die Vorstellung zugrunde zu liegen, dass Geimpfte das Virus nicht übertragen können. Die Verordnung sagt in § 1 Abs. 1 Nr. 1, es

---

110 Vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 23 m. Hinw. auf *BVerfGE* 102, 68 (87); 116, 243 (259 f.); 129, 49 (69); *Britz*, NJW 2014, S. 346 (347).

111 Vgl. z.B. *Sascha Lobo*, Die kalte Impfpflicht kommt, Spiegel 26.5.2021, https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/coronavirus-die-kalte-impfpflicht-kommt-kolumne-von-sascha-lobo-a-55681c8a-b9ae-4f7c-8095-3c35a9c7d733?sara_ecid=soci_upd_KsBF0AFjflf0DZCxp-PYDCQgO1dEMph (abgerufen am 16.9.2021); 2G statt 3G“: Druck auf Ungeimpfte dürfte deutlich steigen, ntv 4.8.2021; Gesundheitsminister wollen Druck auf Ungeimpfte erhöhen, FAZ 5.8.2021, S. 1; *Thomas Holl*, Anreiz zum Impfen, FAZ 15.9.2021, S. 1; *Lars Petersen*, Keine Lohnentschädigung mehr für Ungeimpfte im Quarantäne-Fall, Welt 21.9.2021, https://www.welt.de/politik/deutschland/article233934558/Corona-Keine-Lohnentschaedigung-mehr-fuer-Ungeimpfte-im-Quarantaene-Fall.html (abgerufen am 21.9.2021); Ungeimpfte verlieren Anspruch bei Quarantäne, FAZ 23.9.2021, S. 1.

112 Auf Genesene gehe ich nicht gesondert ein.

sei Zweck dieser Verordnung, Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten, die zur Corona-Bekämpfung erlassen worden sind, für Personen zu regeln, „bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist". Damit greift sie den Wortlaut des § 28c IfSG auf, der die Bundesregierung ermächtigt, „Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten" für Personen zu regeln, „bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist". Da die in Bezug genommenen Gebote und Verbote der Eindämmung der Epidemie dienen, sind Erleichterungen und Ausnahmen für immunisierte Personen nur dann sinnvoll, wenn damit nicht der Immunschutz der jeweiligen Person gegen ihre eigene Erkrankung gemeint ist, sondern ein Immunschutz, der die Weiterübertragung des Virus auf andere Personen verhindert.

231 Die Entstehungsgeschichte des § 28c IfSG und der auf seiner Basis erlassenen Schutz-Ausnahmenverordnung bestätigt, dass der Zweck dieser Normen darin besteht, solche Personen von den infektionsschutzrechtlichen Geboten und Verboten auszunehmen, die in dem Sinne immun sind, dass sie das Virus nicht auf andere Menschen übertragen können. Mit § 28c IfSG wollte der Gesetzgeber nämlich Forderungen aus der Verfassungsrechtswissenschaft Rechnung tragen, einen vermeintlich verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, der darin bestehe, dass die infektionsschutzrechtlichen Gebote und Verbote sich nicht rechtfertigen ließen, wenn sie sich an – durch Impfung oder durch eine überstandene Infektion – immunisierte Personen richten.[113] In der Tat ist jedes Gebot oder Verbot, das den Zweck verfolgt, die Epidemie einzudämmen, wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungswidrig, soweit es sich gegen Personen richtet, die sterile Immunität aufweisen. Denn bezogen auf diese Personen sind die betreffenden Ge- und Verbote weder geeignet noch erforderlich, um das damit angestrebte Ziel zu erreichen.

232 Zwar war schon bei den Einfügung des § 28c in das Infektionsschutzgesetz im April 2021 bekannt, doch gingen der Gesetzgeber und die ihn beratenden Juristen davon aus, dass – wie das RKI ihnen gesagt hatte – die Wahrscheinlichkeit, das Geimpfte andere Personen mit SARS-CoV-2 anstecken, so gering sei, dass dies epidemiologisch keine wesentliche Rolle spiele.[114]

233 Zweck der Ungleichbehandlung der Ungeimpften ist es demnach, die der Eindämmung der Epidemie dienenden Gebote und Verbote so weit wie nötig aufrechtzuerhalten, aber freiheitsschonend Ausnahmen und Erleichterungen zu ermöglichen, die den Eindämmungszweck nicht gefährden, weil diejenigen, denen die Ausnahmen oder Erleichterungen erteilt werden, nicht (oder nicht erheblich) zur Ausbreitung des Virus beitragen.

234 Diese Politik stützt sich offenbar auf das RKI. Dieses behauptet auf seiner Website immer noch, die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person trotz vollständiger Impfung PCR-positiv

---

113 Vgl. *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28c Rn. 4.

114 Vgl. *Kießling*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28c Rn. 4 f.

wird, sei zwar nicht Null, aber so niedrig, dass „Geimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr spielen“.[115]

235 Inzwischen steht aber eindeutig fest, dass Geimpfte sich nicht nur in epidemiologisch unbedeutenden Ausnahmefällen infizieren und auch infektiös werden und das Virus weiterübertragen können. Dies haben etliche Studien belegt.[116] Evidenz hierfür gibt es auch daraus, dass Länder mit hoher Impfquote weiterhin hohe Inzidenzen melden.[117] Aus Deutschland wurde über einen Fall berichtet, in dem eine „2G-Party“, an der nur Geimpfte und Genesene teilnehmen durften, zum Superspreader-Event wurde. Bei 83 von rund 380 Gästen sei inzwischen eine Ansteckung mit SARS-CoV-2 nachgewiesen.[118]

236 Der Viriologe *Alexander Kekulé* hat die Behauptung des RKI als „vollkommen falsch“ kritisiert. Unter Fachleuten sei unumstritten, dass die vollständige Impfung nur zu etwa 50 bis 70 % gegen Infektionen mit der Delta-Variante schütze. Britische Daten legten sogar nahe, dass die auf Infektionen bezogene Schutzwirkung der Vakzine von Biontech und Astrazeneca unter 50 % liegen könnte.[119]

---

[115] *RKI*, Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiterhin übertragen?, 27.8.2021, https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html (abgerufen am 17.9.2021).

[116] Vgl. z.B. *Brown CM, Vostok J, Johnson H, et al.*, Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings — Barnstable County, Massachusetts, July 2021. MMWR Morb Mortal Wkly Rep 2021;70:1059-1062. DOI: http://dx.doi.org/10.15585/mmwr.mm7031e2external icon; https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_w; *Koen B. Pouwels et al.*, Impact of Delta on viral burden and vaccine effectiveness against new SARS-CoV-2 infections in the UK (preprint), medRxiv 24.8.2021, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.08.18.21262237v1; *Po Ying Chia et al.*, Virological and serological kinetics of SARS-CoV-2 Delta variant vaccine-breakthrough infections: a multi-center cohort study (preprint), medRxiv 31.7.2021, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.07.28.21261295v1; *David A. McAllister et al.*, Effect of Vaccination on Transmission of SARS-CoV-2, The New England Journal of Medicine, 8.9.2021, https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMc2106757.

[117] Vgl. z.B. Trotz Impfquote von 90 Prozent: Infektionszahlen steigen in Island auf Rekordhoch, TE 12.8.2021, https://www.tichyseinblick.de/kolumnen/aus-aller-welt/trotz-impfquote-von-90-prozent-infektionszahlen-steigen-in-island-auf-rekordhoch/ (abgerufen am 1.9.2021); Israel has one of the world's highest daily COVID-19 infection rates, despite high vaccine uptake, Insider 28.8.2021, https://www.businessinsider.com/israels-covid-19-infection-rate-is-rising-despite-vaccine-uptake-2021-8?op=1 (abgerufen am 29.9.2021). – Folgende Studie zeigt im Ländervergleich, dass Anstiege bei COVID-19-Infektionen unabhängig davon stattfinden, wie hoch die Impfquote in dem betreffenden Land ist: *S.V. Subramanian / Akhil Kumar*, Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States. *Eur J Epidemiol* (2021), 30.9.2021, https://doi.org/10.1007/s10654-021-00808-7 (abgerufen am 2.10.2021).

[118] Stand: 16.9.2021: wa.de 16.9.2021, https://www.wa.de/nordrhein-westfalen/muenster-2g-party-corona-infektionen-cuba-club-nrw-gaeste-mitarbeiter-symptome-90980919.html (abgerufen am 16.9.2021); update Stand 20.9.2021: jetzt 85 Infizierte, WDR 20.9.2021, https://www1.wdr.de/nachrichten/westfalen-lippe/corona-infektionen-clubbesuch-muenster-100.html (abgerufen am 21.9.2021).

[119] *Alexander Kekulé*, 2G-Regel ist Unsinn – weil sie auf vollkommen falscher RKI-Behauptung beruht, Focus 3.9.2021, https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/focus-online-kolumne-von-alexander-kekule-2g-regel-ist-unsinn-weil-sie-auf-vollkommen-falscher-rki-behauptung-beruht_id_20910598.html (abgerufen am 16.9.2021).

237 Nachgewiesen ist inzwischen auch, dass Geimpfte eine gleich hohe Viruslast im Hals-Nasen-Rachenraum haben können wie Ungeimpfte.[120] Das heißt, dass sie nicht weniger infektiös als Ungeimpfte sind.[121] Allerdings soll bei Geimpften die Viruslast für kürzere Zeit als bei Ungeimpften im Hals-Nasen-Rachenraum vorhanden sein.[122]

238 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob und gegebenenfalls in welchem Maße Geimpfte sich seltener anstecken als Ungeimpfte. Es gibt Studienergebnisse, die auf eine geringere Ansteckungshäufigkeit hindeuten.[123] Man muss mit solchen Ergebnissen aber noch vorsichtig sein; vor allem muß man in zeitlicher Hinsicht differenzieren. Dies zeigt ein neuer CDC-Bericht[124] über einen Corona-Ausbruch in einem Gefängnis in Texas, dessen Insassen zum größten Teil geimpft waren: Von den 233 Häftlingen waren 79 % vollständig mit Biontech- oder Moderna-Vakzinen geimpft. 93 % der Ungeimpften und 70 % der Geimpften infizierten sich. Von den Häftlingen, deren Impfung bereits mehr als vier

---

[120] Vgl. *Kasen K. Riemersma et al.*, Vaccinated and unvaccinated individuals have similar viral loads in communities with a high prevalence of the SARS-CoV-2 delta variant (Preprint), medRxiv 31.7.2021, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.07.31.21261387v1: »We find no difference in viral loads when comparing unvaccinated individuals to those who have vaccine "breakthrough" infections.«; *Owen Dyer*, Covid-19: Delta infections threaten herd immunity vaccine strategy, BMJ 2021, 274:n1933, doi: https://doi.org/10.1136/bmj.n1933; https://www.bmj.com/content/374/bmj.n1933; „Viruslast ähnlich hoch. Geimpfte so ansteckend wie Ungeimpfte? Studie offenbart entscheidenden Unterschied", Focus 19.8.2021, https://www.focus.de/gesundheit/news/studie-aus-singapur-geimpfte-womoeglich-genauso-ansteckend-wie-ungeimpfte-aber-mit-einem-grossen-unterschied_id_13552926.html (abgerufen am 24.9.2021) m. Hinw. auf die Singapur-Studie (*Po Ying Chia et al.*, o. Fn. 116); *Charlotte B. Acharya et al.*, No Significant Difference in Viral Load Between Vaccinated and Unvaccinated, Asymptomatic and Symptomatic Groups Infected with SARS-CoV-2 Delta Variant (preprint), medRxiv 29.9.2021, doi: https://doi.org/10.1101/2021.09.28.21264262; https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.09.28.21264262v1 (abgerufen am 29.9.2021).

[121] Dafür spricht auch eine kausale Betrachtung, vgl. *Lars Fischer*, Warum auch Geimpfte das Virus verbreiten können, Spektrum.de 28.1.2021, https://www.spektrum.de/news/impfstoffe-warum-auch-geimpfte-das-virus-verbreiten-koennten/1824145 (abgerufen am 29.9.2021). Dort wird Peggy Riese vom Helmholtz-Zentrum für Infektionsforschung zitiert: „Durch die intramuskuläre Impfung wird eine systemische Immunantwort stimuliert, die vor allem im Blutkreislauf stattfindet." Doch das Virus vermehre sich nicht im Körperinneren, sondern vor allem in den Schleimhäuten. Die Körperabwehr an den Grenzen zur Außenwelt, die mukosale Immunreaktion, sei eine andere als im Blut und in den Organen. Es seien besondere Bedingungen durch Infektion oder Impfung erforderlich, damit das Immunsystem spezifisch diese Barriere verstärkt. So wie die Impfungen jetzt sind, also intramuskulär in den Arm, sei es relativ schwer, eine wirklich gute mukosale Immunantwort zu erzielen. – Ein Tierversuch an Affen im Rahmen einer präklinischen Studie zum AstraZeneca-Impfstoff fand keinen Unterschied in der Menge viraler RNA im Nasensekret der geimpften im Vergleich zu den ungeimpften Affen, *William A. Heseltine*, Did the Oxford Covid Vaccine work in Monkeys? Not Really, Forbes 16.5.2020, https://www.forbes.com/sites/williamhaseltine/2020/05/16/did-the-oxford-covid-vaccine-work-in-monkeys-not-really/?sh=90f4e163c712 (abgerufen am 1.10.2021).

[122] Vgl. Focus 19.8.2021 (Fn. 120), m. Hinw. auf die Singapur-Studie (*Po Ying Chia et al.*, o. Fn. 116).

[123] Insbesondere *David A. McAllister et al.*, Effect of Vaccination on Transmission of SARS-CoV-2, The New England Journal of Medicine, 8.9.2021, https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMc2106757 (abgerufen am 15.9.2021).

[124] *Liesl M. Hagan et al.*, Outbreak of SARS-CoV-2 B.1.617.2 (Delta) Variant Infections Among Incarcerated Persons in a Federal Prison — Texas, July–August 2021, CDC 24.9.2021, https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7038e3.htm?s_cid=mm7038e3_w (abgerufen am 24.9.2021); dazu *Birgit Herden*, Die Impfung bietet wenig Schutz vor der reinen Ansteckung, Welt 23.9.2021, https://www.welt.de/gesundheit/plus233976484/Ansteckung-trotz-Impfung-gegen-Corona-Was-dahinter-steckt.html (abgerufen am 24.9.2021).

Monate zurücklag, infizierten sich aber 89 %. Bereits vier Monate nach der zweiten Dosis sind die Geimpften nach diesem Befund gegen Infektionen – und damit auch gegen die Weiterübertragung des Virus an andere – so gut wie nicht mehr besser geschützt als die Ungeimpften. – Der Virologe *Christian Drosten* hatte schon zuvor geäußert, die Viruslast im Hals von Geimpften bei einer Ansteckung steige wieder, wenn die Impfung einige Monate her ist. Sie hätten den Erreger nur kurz, aber mit hoher Viruslast im Hals. Entsprechend steige mit zunehmendem Abstand zur Impfung das Risiko, dass Geimpfte das Virus an andere weitergeben. Letztlich werde sich unter anderem aus diesem Grund jeder Mensch infizieren.[125] Und der Gesundheitspolitiker *Karl Lauterbach* weist darauf hin, dass Geimpfte oft asymptomatisch, aber ansteckend seien.[126] – Es spricht also einiges dafür, dass jedenfalls einige Monate nach der Impfung kein wesentlicher Unterschied in der Wahrscheinlichkeit einer Übertragung des Virus durch Geimpfte und durch Ungeimpfte besteht. Eine neuere Studie hat gezeigt, dass nach der zweiten Impfung die Schutzwirkung der Biontech-Impfung gegen Infektionen sich im Zeitverlauf der ersten fünf Wochen steigerte und dann kontinuierlich, mit ansteigender Geschwindigkeit ab der 15. Woche abnahm. Nach sechs Monaten gebe es keinen Schutz gegen die Ansteckung mehr.[127] Eine andere Studie stellt fest, dass der Schutz gegen die Übertragung des Virus innerhalb von drei Monaten nach der zweiten Impfung dahinschwand.[128]

239 Genaueren Aufschluss darüber, in welchem Maße Geimpfte zur Verbreitung des Virus beitragen, könnten repräsentative Testungen ergeben. Aber die gibt es nicht. Irreführend ist es, auf die in üblicher Weise ermittelten Inzidenzen zu schauen und dort zwischen Geimpften und Ungeimpften zu unterscheiden, wie dies in Baden-Württemberg geschieht, wo für diese Gruppen getrennte Inzidenzen veröffentlicht werden – mit dem Ergebnis, dass die Inzidenz bei den Ungeimpften wesentlich höher als bei den Geimpften sei. So gibt Baden-Württemberg die Inzidenz der Ungeimpften[129] als 10-mal höher als die Inzidenz der Geimpften an.[130] Da die Inzidenz von der Zahl der Tests abhängig ist, sind solche Zahlen wertlos, wenn man über die Zahl der Tests nichts weiß. Da Ungeimpfte sich laufend mit Schnelltests testen lassen müssen und bei positivem Schnelltest

---

125 Drosten rechnet fest mit verschärften Corona-Maßnahmen im Herbst, Badische Zeitung 2.9.2021, https://www.badische-zeitung.de/drosten-rechnet-fest-mit-verschaerften-corona-massnahmen-im-herbst?utm_source=prod-red-newsletter-daily&utm_medium=email&utm_campaign=79199&utm_content=Deutschland&cn=abo-digi-x-wall-sale-newsletter-red&utm_region=World&utm_position=9 (abgerufen am 2.9.2021)

126 https://mobile.twitter.com/Karl_Lauterbach/status/1443263629101502477 (abgerufen am 29.9.2021)

127 *Hiam Chemaitelly et al.*, Waning of BNT162b2 vaccine protection against SARS-CoV-2 infection in Qatar (preprint), medRxiv 27.8.2021, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.08.25.21262584v1 (abgerufen am 1.10.2021).

128 *David W Eyre et al.*, The impact of SARS-CoV-2 vaccination on Alpha & Delta variant 1 transmission, Figure 2 (A, B), medRxiv, September 29, 2021 https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.09.28.21264260v1 (abgerufen am 1.10.2021). *Christian Drosten* erklärte dazu auf Twitter, die Studie bestätige seine Auffassung, dass der Übertragungsschutz ca. 2-3 Monate nach der Impfung allmählich verlorengehe, 1.10.2021, https://twitter.com/c_drosten/status/1443983777743740957 (abgerufen am 2.10.2021).

129 Genauer: der Menschen mit noch „nicht abgeschlossener Impfserie“.

130 Vollständig Geimpfte 18,2, Ungeimpfte und nicht vollständig Geimpfte 190,4, Tagesbericht COVID-19, Stand: 21.9.2021, https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/210921_COVID_Tagesbericht_LGA.pdf (abgerufen am 22.9.2021).

zur Durchführung eines PCR-Tests verpflichtet sind, ist es wahrscheinlich, dass viel mehr Ungeimpfte als Geimpfte einen PCR-Test machen.[131]

240 Wenn es also zwischen Ungeimpften und Geimpften überhaupt einen Unterschied gibt hinsichtlich des Risikos, dass sie das Virus verbreiten, ist dies kein kategorialer, sondern ein gradueller Unterschied. Es könnte sein, dass es durchschnittlich weniger wahrscheinlich ist, dass ein Geimpfter infektiös ist als dass ein Ungeimpfter infektiös ist. Aber dieser graduelle Unterschied wird mit dem zeitlichen Abstand zur Impfung immer kleiner.

241 An diese Möglichkeit des genannten Unterschieds anzuknüpfen, um das Ziel, die Epidemie einzudämmen, in der Weise zu verfolgen, dass die Freiheit derjenigen geschont wird, die mit geringerer Wahrscheinlichkeit als andere zur Verbreitung des Virus beitragen, ist im Prinzip ein legitimer Differenzierungsgrund. Wenn der Verordnungsgeber davon ausgeht, dass es diesen Unterschied gibt, und wenn er daher mit der 2G- oder 3G-Regel den Zweck verfolgt, die Epidemie dadurch einzudämmen – und so letztlich eine Überlastung der Intensivstationen zu verhindern –, dass er diejenigen vom Zugang zu Veranstaltungen ausschließt (2G) oder ihren Zugang von einem negativen Test abhängig macht (3G), die mit größerer Wahrscheinlichkeit infektiös sind als die Gruppe, die uneingeschränkt Zugang erhält, dann verfolgt er damit ein legitimes Gemeinwohlziel. Für die Differenzierung bei der Quarantäne gilt Entsprechendes.

2. Geeignetheit

242 Die Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass Geimpfte bei Veranstaltungen oder in Einrichtungen usw. das Virus verbreiten, tatsächlich geringer ist als die Wahrscheinlichkeit bei Ungeimpften. Dass dies zutrifft, müsste der Verordnungsgeber beweisen. Allerdings gibt ihm die Rechtsprechung auch im Rahmen der Anwendung des Gleichheitssatzes einen gewissen Einschätzungsspielraum. Angesichts der vorliegenden Studien wird man die Eignung zur Zeit wohl noch bejahen können.

3. Erforderlichkeit

243 Die Ungleichbehandlung der Ungeimpften beim Zugang zu Veranstaltungen usw. sowie bei der Quarantäne müsste aber auch erforderlich sein, um das legitime Ziel zu erreichen. Es müsste also unmöglich sein, dieses Ziel mit einer weniger einschneidenden Ungleichbehandlung zu erreichen.[132]

Der übergeordnete Zweck ist die Bekämpfung der Epidemie, und die Ungleichbehandlung der Geimpften und der Ungeimpften dient wie gesagt dazu, diese Bekämpfung mit der Schonung der Freiheit der Immunisierten (2G) und der Getesteten (3G) in Übereinstimmung zu bringen, wie das für 3G in § 1 Abs. 1 SchAusnahmV zum Ausdruck kommt.

---

131 Zu weiteren Problemen der Inzidenzstatistiken vgl. „Zahlen-Chaos bei Inzidenzberechnung“, tagesschau 2.9.2021, https://www.tagesschau.de/faktenfinder/inzidenz-zahlenchaos-101.html (abgerufen am 16.9.2021).

132 Vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 22 m. Hinw. auf *BVerfGE* 82, 126 (146); 85, 238 (244 f.); 95, 408 (418).

Im folgenden soll geprüft werden, ob dieser Zweck auch mit weniger einschneidenden Differenzierungen erreicht werden könnte.

a) Die fehlende Erforderlichkeit einer kategorialen Unterscheidung von Geimpften und Ungeimpften

244 Die kategoriale Unterscheidung von Geimpften und Ungeimpften wäre zur Zielerreichung dann erforderlich, wenn Geimpfte sterile Immunität besäßen und von ihnen kein Risiko, das Virus zu übertragen, oder nur ein minimales – epidemiologisch irrelevantes – Risiko ausginge. Dies ist aber nicht der Fall (s.o. Rn. 235). Geimpfte und Ungeimpfte unterscheiden sich hinsichtlich des Übertragungsrisikos nicht kategorial, sondern allenfalls graduell. Deshalb wäre die Anknüpfung der Regelung des Zugangs zu Veranstaltungen oder auch die Anknüpfung der Quarantänepflicht an den Impfstatus, also an die kategoriale Unterscheidung von Geimpften und Ungeimpften, nur dann zur Zielerreichung erforderlich, wenn eine Regelung, die der relativ unterschiedlichen Infektionswahrscheinlichkeit Rechnung trägt, nicht möglich wäre.

245 Es ist aber möglich, den Zugang zum öffentlichen Leben auch riskoadjustiert zu steuern, also die „Erleichterungen und Ausnahmen“, von denen die Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung redet, nicht kategorial, sondern in Relation zum typischen Risiko zu gewähren. Dazu müsste zunächst abgeschätzt werden, wie die Wahrscheinlichkeiten, das Virus zu übertragen, zwischen Geimpften und Ungeimpften verteilt sind. Genau wird man das nie feststellen können, aber eine einigermaßen zuverlässige Einschätzung könnte sich aus repräsentativen Kohortenstudien ergeben. Solange die nicht vorhanden sind, müsste man sich mit dem Datenmaterial aus den vorhandenen Studien begnügen und auf dieser unsicheren Basis eine Einschätzung vornehmen. Dabei hätte der Verordnungsgeber einen Einschätzungsspielraum. Er müsste allerdings zur Erweiterung der Erkenntnisgrundlagen umgehend eine repräsentative Studie in Auftrag geben.

246 Angenommen, die Einschätzung auf der Basis der vorhandenen Daten ergäbe, dass die Wahrscheinlichkeit, dass ein Ungeimpfter sich infiziert und dann das Virus weiterüberträgt, doppelt so hoch ist wie bei einem Geimpften, dann müsste die risikoadjustierte Zuordnung von Schutz und Freiheit so aussehen, dass es Zugangsbeschränkungen für alle – nicht nur für die Ungeimpften – gibt, weil ja auch die Geimpften infektiös sein können, aber die Geimpften in Relation zu dem geringen Risiko, das von ihnen ausgeht, geringere Freiheitseinschränkungen hinnehmen müssen.

247 Ein möglicher Weg, dies umzusetzen, bestünde darin, dass der Zugang zu Veranstaltungen usw. generell von einem negativen Schnelltest abhängig gemacht wird, aber dass die Geltungsdauer des Tests für Geimpfte und für Ungeimpfte unterschiedlich lang ist. In dem Beispiel, dass das von Ungeimpften ausgehende Infektionsrisiko vertretbar als doppelt so groß wie das von Geimpften ausgehende Infektionsrisiko eingeschätzt wird, könnte also die Geltungsdauer des Tests, die bei Ungeimpften 24 Stunden beträgt, bei Geimpften 48 Stunden betragen.

248 Ein anderer Weg könnte in einer Gutscheinlösung gefunden werden: Für kostenlose Tests würden Gutscheine verteilt, wobei die Zahl der Gutscheine an Geimpfte und Ungeimpfte differenziert in Relation zu dem geschätzten Infektionsrisiko, das von den Angehörigen

dieser Gruppen ausgeht, verteilt würde. Bei doppelt hohem Infektionsrisiko der Ungeimpften erhielten die Geimpften also doppelt so viele Gutscheine.

249 Sicherlich sind noch andere Lösungswege denkbar, den Umfang der Erleichterungen und Ausnahmen an die Größe des von der jeweiligen Gruppe ausgehenden Infektionsrisikos anzupassen. Es ist nicht Aufgabe dieses Gutachtens, solche Lösungen auszuarbeiten. Entscheidend ist hier, dass der legitime Zweck der Ungleichbehandlung die kategoriale Privilegierung der Geimpften nicht rechtfertigt.

250 Hinzu kommt, dass das geltende Recht bei den Geimpften den Zeitfaktor nicht berücksichtigt. Während Genesene nur für sechs Monate seit einem positiven PCR-Test gegenüber Ungeimpften privilegiert sind (§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV), sind Geimpfte zeitlich uneingeschränkt von den für Ungeimpfte geltenden Zugangsverboten und Testpflichten sowie von den Quarantänepflichten befreit. Diese Unterscheidung beruht wohl auf der früheren Hoffnung, die Impfung vermittle sterile Immunität, und zwar dauerhaft. Auf der Basis der heutigen Erkenntnisse (s.o. Rn. 235 ff.) ist diese Ungleichbehandlung von Geimpften und Genesenen willkürlich. Aber auch die Ungleichbehandlung von Geimpften und Ungeimpften ohne Genesenenstatus ist insofern willkürlich, als die Geimpften jedenfalls nach mehr als vier Monaten nach der Impfung das Virus mit wohl fast gleicher Wahrscheinlichkeit wie die Ungeimpften weiterverbreiten (s.o. Rn. 238). Jedenfalls ist im Hinblick auf die ansteigende Infektionswahrscheinlichkeit bei Geimpften im zeitlichen Abstand zur Impfung die Ungleichbehandlung Geimpfter und Ungeimpfter zur Erreichung des Ziels, die Epidemie einzudämmen, nicht erforderlich, soweit auch solche Geimpften gegenüber Ungeimpften privilegiert werden, deren Impfung schon mehr als vier Monate zurückliegt.[133] Dies gilt nicht nur für Zugangsverbote und -beschränkungen, sondern auch für Quarantänepflichten.[134]

251 Die kategoriale Ungleichbehandlung der Ungeimpften beim Zugang zum öffentlichen Leben und bei Quarantänepflichten ist also zur Zweckerreichung nicht erforderlich und verstößt deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Im Hinblick darauf, dass auch Geimpfte nicht nur in seltenen Ausnahmefällen infektiös sein können, sondern dass die Übertragung des Virus durch Geimpfte durchaus häufig vorkommt (s.o. Rn. 235), ist es geradezu willkürlich, Geimpfte im Hinblick auf den Zugang zum öffentlichen Leben und im Hinblick auf Quarantänepflichten kategorial anders als Ungeimpfte zu behandeln.

b) Zusätzliche Aspekte der fehlenden Erforderlichkeit der 2G-Regel

252 Die 2G-Regel benachteiligt die Ungeimpften noch schärfer als die 3G-Regel, denn sie schließt sie vollständig vom öffentlichen Leben aus. Dies ist dann nicht erforderlich, wenn der Zweck von 2G mit 3G genausogut erreicht werden kann.

---

133 Eine neue Studie fordert wegen des erheblichen Anteils asymptomatischer Impfdurchbrüche mit hoher Viruslast, dass überall, wo Maßnahmen wie Maskenpflicht und Testpflicht vorgesehen sind, diese Maßnahmen nicht nur für die Ungeimpften, sondern für alle Menschen gelten sollten, vgl. Charlotte B. Acharya et al. (Fn. 120).

134 In Israel sind die Vorteile, die der „Grüne Pass“ den Geimpften im Hinblick auf Einreise usw. bringt, auf sechs Monate beschränkt, vgl. *Ministry of Health*, Press Releases. The Vaccination Policy and the New Green Pass that will Take Effect Soon, 29.8.2021, https://www.gov.il/en/departments/news/29082021-01 (abgerufen am 27.9.2021).

253 Besteht der legitime Differenzierungszweck, wie oben gezeigt, darin, denen, die weniger zur Verbreitung des Virus beitragen, größere Freiheit zu geben, ohne das Ziel der Eindämmung der Epidemie zu gefährden, dann fragt sich, ob dieses Ziel mit 3G ebenso erreicht werden kann. Das wäre nicht der Fall, wenn 3G weniger effektiv wäre.

254 Sicherlich ist 3G weniger effektiv als 2G hinsichtlich der Vermeidung von Infektionsfällen,[135] da die Schnelltests nicht alle Infektionen aufdecken – es gibt eine erhebliche Zahl falsch-negativer Tests. Allerdings sind die Schnelltests gut darin, Infektionen mit hoher Viruslast aufzudecken. Das sind gerade die Fälle mit der größten Ansteckungswahrscheinlichkeit, während Personen mit geringer Viruslast kaum ansteckend sind.[136] Im übrigen ist die Vermeidung von Infektionsfällen ist nicht das alleinige Ziel der Benachteiligung der Ungeimpften, sondern die Differenzierung dient ja gerade dazu, den unterschiedlichen Risikobeiträgen der Geimpften und Ungeimpften durch Unterschiede in den Freiheitseinschränkungen (beziehungsweise in der Politikersprache in der „Rückgabe der Freiheitsrechte") Rechnung zu tragen. Wenn es so ist, dass auch Geimpfte das Virus übertragen können und die Wahrscheinlichkeit, dass sie dies tun, nicht wesentlich kleiner (sondern vielleicht sogar erheblich größer) ist als die Wahrscheinlichkeit, dass ein negativ getesteter Ungeimpfter das Virus überträgt,[137] dann ist 3G in Relation zu 2G das mildere Mittel. 2G ist dann nicht erforderlich.

255 Im übrigen ließe sich die Effektivität von 3G steigern, indem nur qualitativ hochwertige Antigen-Schnelltests zugelassen würden, die eine geringere Falsch-negativ-Quote als der Durchschnitt der zur Zeit verwendeten Tests – also eine höhere tatsächliche (und nicht nur vom Hersteller behauptete) Sensitivität – haben.[138]

---

135 Wenn man kontraproduktive Effekte der Regelung außer acht lässt, dazu s.o. Rn. 146.

136 Vgl. z.B. *Michael J Mina et al.*, Clarifying the evidence on SARS-CoV-2 antigen rapid tests in public health responses to COVID-19, Comment, The Lancet Volume 397, ISSUE 10283, P1425-1427, April 17, 2021, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)00425-6/fulltext (abgerufen am 3.10.2021); siehe auch Michael J. Mina et.al., Rethinking Covid-19 Test Sensitivity – A Strategy for Containment, N Engl J Med 2020; 383:e120, https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmp2025631 (abgerufen am 3.10.2021).

137 So der Virologe *Alexander Kekulé*, 2G-Regel ist Unsinn – weil sie auf vollkommen falscher RKI-Behauptung beruht, Focus 3.9.2021, https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/focus-online-kolumne-von-alexander-kekule-2g-regel-ist-unsinn-weil-sie-auf-vollkommen-falscher-rki-behauptung-beruht_id_20910598.html (abgerufen am 16.9.2021).

138 Das RKI empfiehlt in seinem neuesten Strategiepapier als eine der Maßnahmen zur Bewältigung der für Herbst/Winter 2021/22 erwarteten vierten Welle die Verwendung „qualitativ hochwertiger Antigentests", *RKI*, Aktualisierung der ControlCOVID-Strategie zur Vorbereitung auf den Herbst/Winter 2021/22, 14.9.2021, S. 6, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Vorbereitung-Herbst-Winter-Aktualisierung.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 16.9.2021). Daraus lässt sich folgern, dass gegenwärtig nicht oder nicht ausschließlich hochwertige Antigentests verwendet werden und dass man mit dem Einsatz hochwertiger Tests nach Auffassung des RKI zuverlässigere Testergebnisse erzielen kann. – Als Mindestvoraussetzung für die Zulassung von Antigen-Schnelltests verlangt das PEI eine Sensitivität von 80 % in Relation zum PCR-Test, *PEI*, Mindestkriterien für SARS-CoV-2 Antigentests im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 TestVO: Antigenschnelltests, 11.6.2021, S. 2, https://www.pei.de/SharedDocs/Downloads/DE/newsroom/dossiers/mindestkriterien-sars-cov-2-antigentests-01-12-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (abgerufen am 21.9.2021). Auf dem Markt sind Antigen-Schnelltests, die laut Beipackzettel eine Sensitivität von rund 95 % aufweisen, vgl. z.B. Hotgen, Coronavirus (2019-nCoV)-Antigentest.

256 Abgesehen hiervon geht 2G auch unter den im vorigen Abschnitt (a) dargelegten Aspekten über das erforderliche Maß hinaus, verstößt also gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ist daher verfassungswidrig.

4. Angemessenheit

257 Da sich die Benachteiligung der Ungeimpften beim Zugang zum öffentlichen Leben in Form der 2G- und der 3G-Regel und bei Quarantänepflichten bereits als nicht erforderlich zur Erreichung eines legitimen Differenzierungsziels erwiesen hat, bedarf es diesbezüglich keiner Prüfung der Angemessenheit mehr. Die Regelungen lassen sich schon mangels Erforderlichkeit nicht rechtfertigen und verletzen die Ungeimpften in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG.

258 Käme es auf die Angemessenheit an, dann müsste man im Rahmen der Abwägung nicht nur die hier im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung erörterten Gesichtspunkte berücksichtigen, sondern zusätzlich auch folgenden Umstand: Es spricht einiges dafür, dass bei Geltung der 2G- oder 3G-Regeln das Virus von Geimpften in größerem Ausmaß verbreitet wird als von Ungeimpften.

- Die Zahl der Geimpften ist inzwischen viel größer als die Zahl der Ungeimpften, so dass sie auch bei angenommener geringerer Infektionswahrscheinlichkeit absolut für das Infektionsgeschehen eine größere Rolle spielen als die Ungeimpften.
- In manchen Settings entfallen für die Geimpften die Abstands- und Maskenpflichten, so dass sich unter ihnen das Virus leichter ausbreiten kann als unter Ungeimpften.
- Da unter der 3G-Regel die Ungeimpften sich häufig testen lassen müssen, wird eine Infektion bei ihnen häufiger entdeckt als bei Geimpften, die ohne Test ihre Infektion nicht bemerken.
- Infektiös werden Ungeimpfte meist nur dann, wenn sie Symptome entwickeln, auch wenn es mitunter vorkommen soll, dass auch Asymptomatische infektiös sind (was allein ja Maßnahmen gegen Asymptomatische – also alle an die Allgemeinheit gerichteten Gebote und Verbote – rechtfertigt). Geimpfte hingegen sind durch die Impfung gegen die Krankheit geschützt. Die Impfung schützt vor allem vor schweren Krankheitsverläufen, aber wohl weitgehend auch vor der Erkrankung, und das heißt vor dem Auftreten von Symptomen. Wenn sie sich infizieren und symptomfrei bleiben, bemerken sie dies nicht. Sie werden also nicht, wie jemand, der Symptome hat, zu Hause bleiben, sondern sich in Veranstaltungen, Kneipen usw. bewegen und dabei andere Menschen infizieren.[139]
- Da Geimpfte sich meist sicher fühlen und regelmäßig auch in dem ihnen von Politik und Medien vermittelten Glauben leben, dass sie andere Menschen nicht anstecken

[139] Vgl. die oben Fn. 126 zitierte Bemerkung von *Karl Lauterbach*. Der Virologe *Alexander Kekulé* (Fn. 137) hat das so formuliert: „Während die häufig proklamierte ‚Welle der Ungeimpften‘ anhand der Tests und Krankenhauseinweisungen sichtbar und berechenbar ist, rauscht die Welle der Geimpften wie ein Tarnkappen-Bomber durch die Bevölkerung.“

können, werden sie in der Regel weniger vorsichtig als Ungeimpfte sein und sehr viel häufiger als Ungeimpfte nicht auf Abstand und Hygieneregeln achten.

All dies trägt dazu bei, dass das von Geimpften ausgehende Infektionsrisiko noch erheblich größer wird, als es bei rein virologischer Betrachtung schon ist.

259 Selbst wenn man dennoch annimmt, dass das von Ungeimpften ausgehende Infektionsrisiko größer sei als das von Geimpften ausgehende Infektionsrisiko, so ist doch dieser Unterschied so gering, dass die kategoriale Benachteiligung der Ungeimpften – die einen haben alle Freiheiten, die anderen haben keine Freiheiten oder müssen sich den Zugang zur Freiheit erst mit dem Nachweis ihrer Ungefährlichkeit teuer erwerben – in krasser Weise unverhältnismäßig ist.

IV. Zwischenergebnis

260 Die Benachteiligung Ungeimpfter beim Zugang zum öffentlichen Leben und bei Quarantänepflichten ist willkürlich. Sie ist zur Erreichung eines verfassungsrechtlich legitimen Differenzierungszwecks nicht erforderlich und verstößt daher gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

F. Die diskriminierende Ungleichbehandlung Ungeimpfter als indirekter Impfzwang

261 Wie in den vorigen Kapiteln gezeigt, ist die Benachteiligung Ungeimpfter beim Zugang zu Veranstaltungen, Restaurants usw. mit dem Gleichheitssatz unvereinbar (Kapitel E.), und die Zugangsverbote beziehungsweise Zugangsbeschränkungen verletzen die betroffenen Freiheitsrechte (zumindest Art. 2 Abs. 1 GG) (Kapitel C). Die Verfassungswidrigkeit dieser Benachteiligung steht also bereits fest. Dies gilt auch für die Benachteiligung Ungeimpfter bezüglich der Quarantänepflicht (Kapitel E.). Zusätzlich wird im folgenden untersucht, wie der durch die Benachteiligung bewusst und gezielt oder auch im Sinne einer erwünschten Nebenfolge erzeugte Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen, verfassungsrechtlich zu bewerten ist.

I. Die Zwangswirkung der die Ungeimpften benachteiligenden Freiheitseinschränkungen

262 Oben wurde bereits dargestellt, in welcher Weise Ungeimpfte beim Zugang zum öffentlichen Leben benachteiligt werden: Von der Teilnahme an Freizeit- und Kulturveranstaltungen, von Restaurant-, Kino-, Theater- oder Museumsbesuchen, von Sportveranstaltungen und von vielen anderen Aktivitäten, die mit Kontakten in öffentlichen Räumen verbunden sind – also praktisch vom gesamten öffentlichen Leben – sind die Ungeimpften entweder vollständig ausgeschlossen (2G) oder erhalten Zugang nur mit negativem Test, den sie ab dem 11. Oktober 2021 selbst bezahlen müssen (3G). Es kommen weitere Benachteiligungen hinzu, etwa wenn die Teilnahme an der Präsenzlehre in Universitäten von einem negativen Test abhängig gemacht wird oder wenn nur Ungeimpfte nach Auslandsreisen oder nach Kontakt mit einer Person, die im PCR-Test positiv war, in Quarantäne müssen.

263 Das 2G-Konzept erzeugt einen sehr starken Druck, sich impfen zu lassen. Wer nicht in Kauf nehmen will, praktisch vom gesamten öffentlichen Leben ausgeschlossen zu sein, muss sich impfen lassen.

264 Wenn Berufsausübungs- oder Ausbildungsmöglichkeiten faktisch davon abhängen, dass man sich impfen lässt, kommt der indirekte Druck in seiner Zwangswirkung einer direkten Impfpflicht praktisch gleich.

265 Wie groß der Druck beim 2G-Optionmodell ist, hängt davon ab, wie viele Veranstalter und Einrichtungen von diesem Modell Gebrauch machen, und wie wichtig die durch 2G vereitelte Freiheitsausübung für den betroffenen Nichtgeimpften ist. Für diejenigen, die von für sie sehr wichtigen Freiheitsbetätigungen durch 2G ausgeschlossen werden, ist auch im Optionsmodell 2G ein sehr starker Druck, sich impfen zu lassen. Dieser Druck ist dem Staat zuzurechnen, nicht nur dem privaten Veranstalter, der sich im Optionsmodell für 2G entscheidet. Denn der staatliche Verordnungsgeber setzt für private Veranstalter einen starken wirtschaftlichen Anreiz, sich für 2G statt für 3G zu entscheiden.

266 Der Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen, wird noch dadurch erhöht, dass ab November 2021 bundeseinheitlich die Erstattung des durch Quarantänepflichten entstandenen Verdienstausfalls für Ungeimpfte wegfallen soll (s.o. Rn. 17).

II. In ihrem Schutzbereich berührte Grundrechte

267 Die Zugangsverbote beziehungsweise -beschränkungen für Ungeimpfte (2G- und 3G-Regel) schränken die in ihrem jeweiligen Schutzbereich betroffene Freiheit (allgemeine Handlungsfreiheit, Berufsfreiheit usw.) ein. Diese Freiheitseinschränkungen wurden oben im Kapitel C. untersucht. Die Quarantänepflichten schränken das Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) ein (s.o. Rn. 210 ff.). In *diesem* Kapitel geht es nur um die *zusätzlichen* Freiheitseinschränkungen, die daraus resultieren, dass die Zugangsverbote- und -beschränkungen Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen, erzeugen.

268 Durch diesen Druck sind die Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und auf individuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) betroffen. Auch das Recht auf Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ist berührt.

269 Jede Impfung tangiert das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. GG). Schon die Injektion des Impfstoffs beeinträchtigt die körperliche Unversehrtheit und berührt daher den Schutzbereich dieses Grundrechts. Allerdings ist der bloße „Piks“, wie die Corona-Impfung in propagandistischen Pressekommentaren oft genannt wird, für die grundrechtliche Bewertung wenig relevant, weil der „Piks“ als solcher eine harmlose Beeinträchtigung ist. Von großer Relevanz sind aber die mit der Impfung verbundenen Gesundheitsrisiken. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt nicht nur vor staatlichen Maßnahmen, die mit Gewissheit zu Gesundheitsschäden führen, sondern auch vor Gesundheitsrisiken, die aus einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit resultieren. Es besteht kein Zweifel daran, dass die SARS-CoV-2-Impfung mit einer Vielzahl erheblicher Gesundheitsrisiken verbunden ist.

270 Das gilt entsprechend für das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG). Die SARS-CoV-2-Impfung führt zwar in den allermeisten Fällen nicht zum Tode, kann aber den Tod des Geimpften verursachen. Die Impfung impliziert ein erhebliches Risiko für das Leben des Betroffenen.

271 Die Grundrechte auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit schützen auch die auf diese Schutzgüter bezogene individuelle Autonomie. Diese ist Ausdruck der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Der Einzelne hat das Recht, selbst und frei darüber zu entscheiden, ob und in welcher Weise in seine körperliche Integrität eingegriffen wird und welchen Risiken für Gesundheit und Leben er sich aussetzt.

272 Die individuelle Selbstbestimmung über die eigene Person ist außerdem durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) geschützt. Ich sehe Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG hinsichtlich der freien Selbstbestimmung über Leben und körperliche Integrität als im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht spezieller an und werde deshalb im folgenden auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht

näher eingehen. Letztlich ist es aber gleichgültig, ob dieses individuelle Selbstbestimmungsrecht auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG oder auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG gestützt wird. Die Ausführungen, die ich hier zu Ersterem mache, können sinngemäß auf Letzteres übertragen werden.

III. Der Eingriffscharakter des indirekten Impfzwangs

273 Ob die für Ungeimpfte geltenden Verbote beziehungsweise Einschränkungen beim Zugang zum öffentlichen Leben das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Betroffenen verletzen, hängt zunächst davon ab, ob diese Verbote und Einschränkungen in dieses Recht eingreifen, genauer: ob sie als Eingriffe beziehungsweise Beeinträchtigungen der geschützten Rechtsgüter, nämlich des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der hierauf bezogenen Selbstbestimmung verstanden werden können.

274 Als Eingriff wäre ohne weiteres eine direkte Impfpflicht (staatlich geregelte Verpflichtung) oder ein direkter Impfzwang (Erzwingung mit vis absoluta) zu werten. Beides ist bezüglich der Corona-Impfung nicht gegeben.

275 Ein Eingriff im verfassungsrechtlichen Sinne liegt aber nicht nur dann vor, wenn der Staat ein Verhalten gebietet oder verbietet oder es mit Hilfe von unmittelbarem Zwang durchsetzt. Vielmehr ist ein staatlicher Eingriff immer dann gegeben, wenn der Staat ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht oder erschwert, gleichgültig, ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder faktisch, mit oder ohne Befehl und Zwang herbeigeführt wird.[140] Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Grundrechtsausübung mit einer belastenden Rechtsfolge verknüpft wird[141] oder wenn Grundrecht nur unter Inkaufnahme empfindlicher – ihm vom Staat auferlegter – Nachteile ausgeübt werden kann.[142] Auch jede Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Schutzguts – wie hier des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit – ist ein Eingriff im verfassungsrechtlichen Sinne.[143]

276 Freilich werden Leben und körperliche Unversehrtheit durch 2G oder 3G nicht unmittelbar beeinträchtigt. Auch Gefahren für Leben und körperliche Unversehrtheit werden so nicht unmittelbar erzeugt. Vielmehr werden diese Beeinträchtigungen vermittelt durch den mit 2G oder 3G erzeugten Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen. Zwischen staatlicher Regelung und Impfung steht noch die Entscheidung des Einzelnen, sich

---

140 Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 294; auch std. Rspr., vgl. z.B. *BVerfGE* 105, 279 (300 f., 303); 110, 177 (191); 113, 63 (76 f.).

141 Vgl. z.B. *Kingreen/Poscher* (Fn. 140).

142 Vgl. z.B. *Stephan Rixen*, in: Huster/Kingreen, Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2021, Kap. 5 Rn. 63 m. Hinw. auf *Dieter Grimm*, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV1986, S. 38 (50).

143 Das BVerfG unterscheidet in manchen Entscheidungen „Eingriffe im herkömmlichen Sinne“ von „sonstigen“ Grundrechtsbeeinträchtigungen, vgl. z.B. *BVerfGE* 105, 279 (300 f., 303) – Osho. Diese Unterscheidung hat aber nur die Funktion, den Vorbehalt des Gesetzes auf Eingriffe i.e.S. zu begrenzen. Im übrigen gelten auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Grundrechte nicht nur für „klassische“ – finale, unmittelbare, mit Zwang durchgesetzte – Eingriffe, sondern ebenso für sonstige Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter, vgl. *BVerfGE* 105, 279 (303 ff.); dazu z.B. *Dietrich Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, NVwZ 2003, S. 1 (5 f.).

impfen zu lassen oder nicht. Deshalb haben Politiker immer wieder beteuert, durch die 2G- oder 3G-Regeln werde keine indirekte Impfpflicht beziehungsweise kein indirekter Impfzwang geschaffen. In der Tat hat jeder Einzelne die Möglichkeit, sich gegen die Impfung zu entscheiden. Er muss dann die daraus resultierenden Nachteile in Kauf nehmen, die sich aus der staatlichen Regelung des Zugangs zum öffentlichen Leben ergeben. Aber wegen dieser Nachteile ist die Entscheidung für oder gegen das Impfen nicht mehr frei, sondern die diesbezügliche Entscheidungsfreiheit wird durch die staatlichen Regeln beeinträchtigt. Dieser Druck auf die freie Entscheidung für oder gegen die Impfung ist ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht über Leben und körperliche Unversehrtheit.

277 Kommt es infolge dieses Eingriffs zu einer Beeinträchtigung des Schutzguts körperliche Unversehrtheit oder des Schutzguts Leben, muss der Staat sich auch diese Beeinträchtigungen als Folgen seiner Regelungen zurechnen lassen.

278 Das Politiker-Argument, der Einzelne bleibe doch trotz 2G oder 3G und trotz der Ungleichbehandlung bei der Quarantänepflicht und der Belastung mit dem durch die Quarantäne verursachten Verdienstausfall in seiner Entscheidung, ob er sich impfen lasse, frei, ist also sachlich verfehlt, weil die Impfentscheidung nicht mehr frei ist, wenn an die Entscheidung gegen die Impfung gravierende Freiheitseinschränkungen geknüpft sind. Dieses Argument verfehlt auch die grundrechtliche Problematik. Denn ob ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG vorliegt, hängt gerade nicht davon ab, ob der Staat den Einzelnen zur Impfung – direkt oder indirekt – verpflichtet oder ihn zur Impfung zwingt. Ein Eingriff liegt vielmehr bereits dann vor, wenn der Staat mit Hilfe der Auferlegung von Nachteilen oder der Vorenthaltung von Vorteilen Druck ausübt, um die Betreffenden zu einer vom Staat gewünschten Entscheidung zu bewegen.

279 Völlig eindeutig wären Regelungen wie 2G oder 3G Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, wenn sie darauf abzielten, die Ungeimpften dazu zu bewegen, sich impfen zu lassen. Sie dienten dann der finalen Verhaltenssteuerung, und das ist immer zweifelsfrei ein Eingriff. Es spricht vieles dafür, dass die Benachteiligung der Ungeimpften beim Zugang zum öffentlichen Leben darauf abzielt, sie zur Impfung zu drängen. Dies ergibt sich aus dem Kontext der betreffenden politischen Entscheidungen. Liest man Pressekommentare zu dieser Politik, so steht sehr häufig im Vordergrund, dass man den Druck auf die Ungeimpften steigern müsse, um eine höhere Impfquote zu erreichen. Die führenden Politiker hüten sich aber regelmäßig sorgsam davor, ausdrücklich auszusprechen, dass es Zweck der 2G und 3G-Regeln sei, die Menschen zur Impfung zu bewegen. Sie gehen wohl davon aus, dass diese Zwecksetzung rechtswidrig ist. Angesichts des Umstandes, dass es – wie oben dargelegt (Rn. 244 ff.) – für die Benachteiligung Ungeimpfter in Form von 2G oder 3 G und in Form der Benachteiligung bei der Quarantäne keinen sachlichen Grund gibt, liegt die Annahme nahe, dass der wirkliche Grund dieser Regeln die Ausübung von Druck für die Impfung ist. Mitunter gibt es Politikeräußerungen, die dies unvorsichtigerweise bestätigen. So argumentierte der Gesundheitspolitiker *Karl Lauterbach* gegen den Vorschlag des Kassenärztevorstands Andreas Gassen, alle Corona-Maßnahmen bis Ende Oktober zu beenden, mit dem Satz: „Warum sollte sich noch

jemand impfen, wenn die Beschränkungen so oder so wegfallen?“[144] Für ihn haben die Beschränkungen also den Zweck, die Menschen zur Impfung zu drängen.

280 Unterstellt man, dass die staatlichen Akteure die Benachteiligung der Ungeimpften beim Zugang zum öffentlichen Leben nicht gezielt zu dem Zweck einsetzen, sie zur Impfung zu bewegen, sondern einen anderen Zweck verfolgen – etwa den Zweck, die Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden (dazu oben Kapitel C. und E.) –, und dass sie den Druck auf die Ungeimpften lediglich als unbeabsichtigte Nebenwirkung ihres Handelns billigend in Kauf nehmen, fragt sich, ob 2G und 3G und die Quarantäneregeln auch unter dieser Voraussetzung als Eingriffe in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verstanden werden können.

281 Unter dieser Voraussetzung haben wir es nicht mit einem finalen Eingriff zu tun. Nun setzt der Eingriffsbegriff, wie er heute in der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik allgemein verstanden wird, Finalität – also eine auf die Beeinträchtigung des Schutzguts gerichtete Zielsetzung – nicht voraus.[145] Ob man alle Arten von *mittelbaren Auswirkungen* staatlicher Entscheidungen auf ein grundrechtliches Schutzgut unabhängig von ihrer Finalität als Eingriffe qualifizieren kann, bedarf hier keiner Erörterung. Denn in unserem Zusammenhang geht es nicht um ungewollte und nicht vorhergesehene Auswirkungen. Bei 2G und 3G wird durch staatliche Rechtsetzung der Einzelne vor die Alternative gestellt, sich impfen zu lassen oder den staatlichen Verboten beziehungsweise Einschränkungen des Zugangs zum öffentlichen Leben unterworfen zu sein. Die staatlichen Verbote und Einschränkungen knüpfen an den Umstand an, dass der Betreffende nicht geimpft ist. Der Einzelne kann sich von diesen Verboten und Einschränkungen befreien, indem er sich impfen lässt. Diese Alternative, vor die ihn die staatlichen Verordnungen stellen, beeinträchtigt in massiver Weise seine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Impfung und damit hinsichtlich der aus der Impfung resultierenden Risiken für Gesundheit und Leben. Die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG geschützte Entscheidungsfreiheit in bezug auf die Schutzgüter Leben und körperliche Unversehrtheit wird also eingeschränkt. Hierin liegt eindeutig ein Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG geschützte Freiheit.

282 Und wenn der durch die Freiheitseinschränkungen bewirkte Druck auf den Einzelnen so groß ist, dass dieser sich gegen seinen eigentlichen Willen entscheidet, sich impfen zu lassen, um seine Freiheitsausübungsmöglichkeiten zurückzuerhalten, geschieht die Impfung nicht freiwillig. Daher ist die so veranlasste Impfung nicht nur ein Eingriff in das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht, sondern auch ein Eingriff in die körperliche Integrität sowie in das Recht, nicht durch Einwirkungen auf die körperliche Integrität mit schwerwiegenden Gesundheitsrisiken und Lebensrisiken belastet zu werden.

283 Dass die 2G- und 3G-Regeln sowie die Quarantäneregeln einschließlich des Wegfalls der Verdienstausfallentschädigung für Ungeimpfte die Freiheit, sich für oder gegen die Impfung zu entscheiden, einschränken und somit als Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG zu qualifizieren sind, hängt nicht davon ab, ob man diese Regeln sinnvoll

---

[144] https://www.welt.de/politik/deutschland/article233876524/Ende-der-Corona-Massnahmen-Ende-Oktober-oder-bei-85-Prozent-Impfquote.html (abgerufen am 19.9.2021).

[145] Siehe die Eingriffsdefinition oben Rn. 275.

als „indirekten Impfzwang“ bezeichnen soll oder nicht. Ob „Zwang“ hier ein angemessener Begriff ist, hängt erstens davon ab, was man unter „Zwang“ versteht, und zweitens davon, auf welche konkrete Entscheidungssituation der vom Staat ausgeübte Druck sich bezieht. Versteht man unter „Zwang“ nur Überwältigung durch körperliche Gewalt (vis absoluta, „unmittelbarer Zwang“), liegt kein Zwang vor. Man spricht aber allgemein auch dann schon von Zwang, wenn auf die Entscheidungsfreiheit mit starken Druckmitteln eingewirkt wird, ohne dass es dem Einzelnen unmöglich ist, sich dem auf ihn ausgeübten Druck zu entziehen. Jemanden zu etwas zwingen, bedeutet, dass man ihn mit Druckmitteln dazu bringt, etwas gegen seinen eigenen Willen beziehungsweise gegen seine eigene Überzeugung zu tun. Zwang in diesem Sinne ist alles, was objektiv – unabhängig von Vorsatz und Rechtswidrigkeit – auf die Entschließungsfreiheit des Einzelnen wie eine Nötigung einwirkt. Nötigungswirkung haben Maßnahmen wie 2G oder 3G jedenfalls für diejenigen Menschen, die in ihrer Lebenssituation objektiv oder subjektiv stark auf die Ausübung derjenigen Freiheitsmöglichkeiten angewiesen sind, die ihnen ohne Impfung vorenthalten werden.

284 Weil dies so ist, sehe ich die 2G-Regel, aber auch die 3G-Regel sowie die Benachteiligung der Ungeimpften bei der Quarantäne als Mittel des indirekten Impfzwangs an. Ich betone aber, dass diese Terminologie grundrechtsdogmatisch ohne Bedeutung ist. Grundrechtsdogmatisch ist im Ansatz entscheidend, dass Maßnahmen wie die 2G- und die 3G-Regel als Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG zu qualifizieren sind. Die Frage, wie stark die Zwangswirkung ist, die von diesen Regeln ausgeht, kann nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Bedeutung sein. Und dort kommt es nicht auf „Zwang“ oder „nicht Zwang“ an. Vielmehr gibt es unterschiedliche Grade der Einwirkung auf die Freiheit der Willensentschließung, und je stärker der Druck auf diese Freiheit ist, desto größer werden die Rechtfertigungsanforderungen.

285 Festzuhalten ist also zunächst, dass 2G und 3G sowie die Quarantänepflicht für Ungeimpfte in das Grundrecht der Ungeimpften aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG eingreifen.

IV. Lässt sich der indirekte Corona-Impfzwang rechtfertigen?

286 Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG steht unter Gesetzesvorbehalt. Die Rechtsverordnungen der Länder, die die 2G- und 3G-Regeln oder die Quarantänepflicht normieren, stützen sich auf die Ermächtigung in §§ 32 i.V.m. 28a und 28 beziehungsweise 28c IfSG. Wenn diese Vorschriften dem Bestimmtheitsgebot genügen und die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass der Verordnungsvorschriften erfüllt sind, ist damit dem Gesetzesvorbehalt Genüge getan. Auf die Rechtsprobleme, die sich insoweit stellen, soll hier nicht nochmals eingegangen werden. Sie sind bereits in Kapitel C.II. erörtert worden.

287 Die Rechtfertigung des Eingriffs hängt im übrigen davon ab, ob der Eingriff dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt. Dies soll im folgenden in bezug auf die möglichen in Betracht kommenden Zwecke des Impfzwangs (des Drucks auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen) geprüft werden.

1. Zweck: Schutz des Ungeimpften

288 Ein möglicher Zweck des Drucks, sich impfen zu lassen, besteht darin, die diesem Druck ausgesetzten Personen davor zu bewahren, dass sie an COVID-19 erkranken. Da die SARS-CoV-2-Impfstoffe ihrer Bestimmung nach dazu dienen, die geimpften Personen vor der Erkrankung zu schützen,[146] ist dies der nächstliegende Zweck.

289 Der Staat darf zwar das Ziel verfolgen, die Gesundheit der Menschen gegen Infektionskrankheiten zu schützen. Das Ziel als solches ist verfassungsrechtlich legitim. Legitimer Schutz setzt aber voraus, dass der Einzelne „von außen“ bedroht ist. Der Staat darf aber prinzipiell den Einzelnen – sofern er nicht in einem Zustand ist, der eigenverantwortliches Handeln ausschließt – nicht vor sich selbst schützen. Das ist mit seiner auf der Menschenwürde beruhenden Autonomie unvereinbar. Für die Impfung, die der Staat dem Einzelnen aufzwingen will, kann dieser sich selbst entscheiden. In diesem Kontext könnte von „Schutz“ durch den Staat nur dann die Rede sein, wenn jemand den Einzelnen, der sich impfen lassen will, daran hindern wollte. Wenn aber niemand den Einzelnen an der Impfung hindert und dieser sich kraft freier Willensbetätigung sich gegen die Impfung entscheidet, bedarf er keines staatlichen Schutzes. Er hat den Schutz seiner Gesundheit durch Impfung selbst in der Hand. Es ist von vornherein mit der verfassungsrechtlich geschützten Autonomie des Einzelnen unvereinbar, seine Gesundheit dadurch zu „schützen“, dass man ihm eine Impfung aufnötigt.

290 Der Staat darf den Einzelnen nicht einmal dazu zwingen, gegen seine freie Willensentschließung am Leben zu bleiben.[147] Er darf ihn auch nicht zwingen, gegen seinen Willen seine Gesundheit zu erhalten.[148] Erst recht darf er ihn wegen seines Selbstbestimmungsrechts nicht zu einer mit großen Risiken verbundenen Therapie zwingen. Und noch offenkundiger völlig ausgeschlossen ist es, dass der Staat den gesunden Einzelnen zwecks vorbeugenden Gesundheitsschutzes zu einer Impfung zwingt, die große Risiken mit sich bringt und die der Einzelne – aus welchen Gründen auch immer – ablehnt. Das Recht auf individuelle Selbstbestimmung – ob man es auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG oder in diesem Kontext auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG stützt – schließt staatlichen Impfzwang, der dem Schutz der Gesundheit des Betroffenen dienen soll, aus.

---

146 Siehe die bei der EMA hinterlegten Produktinformationen, für Comirnatiy (Biontech) https://www.ema.europa.eu/en/documents/product-information/comirnaty-epar-product-information_de.pdf, für Spikevax (Moderna) https://www.ema.europa.eu/en/documents/product-information/spikevax-previously-covid-19-vaccine-moderna-epar-product-information_de.pdf, für Vaxzevria (AstraZeneca) https://www.ema.europa.eu/en/documents/product-information/vaxzevria-previously-covid-19-vaccine-astrazeneca-epar-product-information_de.pdf, für Janssen https://www.ema.europa.eu/en/documents/product-information/covid-19-vaccine-janssen-epar-product-information_de.pdf.

147 Das *BVerfG* entnimmt dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) ein „Recht auf selbstbestimmtes Sterben“ als Ausdruck persönlicher Autonomie. Dieses Recht schließe die Freiheit ein, sich selbst das Leben zu nehmen, Urt. v. 26.2.2020 – Sterbehilfe, BVerfGE 153, 182 (Rn. 208 ff.)

148 In der Lit. entnimmt man dem individuellen Selbstbestimmungsrecht ein „Verfügungsrecht über den eigenen Körper“ oder einem „Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung“, vgl. *Die Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG (Std.: Jan 2021), Art. 2 I Rn. 204

291 Der Schutz der Gesundheit des vom indirekten Impfzwang betroffenen Einzelnen ist also kein verfassungsrechtlich legitimer Zweck des Impfzwangs. Mit diesem Zweck lassen sich somit Regelungen wie 2G oder 3G nicht rechtfertigen.

2. Zweck: Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen

292 Der offizielle Zweck von Maßnahmen wie 2G oder 3G lautet, man wolle eine Überlastung der Intensivstationen verhindern.[149] Dies ist ein legitimer Gemeinwohlzweck. Der hierfür ausgeübte Impfdruck wäre gerechtfertigt, wenn er zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen wäre.

a) Geeignetheit

293 Der indirekte Impfzwang wäre zur Verhinderung einer Überlastung der Intensivstationen geeignet, wenn die Impfung dazu beitrüge, dass die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen abgewendet wird.

294 Die Impfung dient bestimmungsgemäß dazu, vor schweren Krankheitsverläufen und damit vor Hospitalisierungen und insbesondere vor Intensivbehandlungsbedürftigkeit zu schützen. Wenn die Impfung diesen Zweck tatsächlich erfüllt, ist sie geeignet, eine auf einer großen Zahl intensivbehandlungsbedürftiger COVID-19-Fälle beruhende Überlastung der Intensivstationen zu verhindern.

295 Die vom RKI gemeldeten Zahlen der COVID-19-Fälle, die zur Zeit auf Intensivstationen behandelt werden, sprechen dafür, dass die Impfung diesen Zweck erfüllt. Denn laut RKI sind die weitaus wenigsten COVID-19-Patienten auf Intensivstationen vollständig geimpft.[150] Wenn mehr als 60 % der Bevölkerung geimpft sind, und auf den Intensivstationen sind unter den COVID-19-Patienten mehr als 80 % Ungeimpfte, spricht dies deutlich für die Effektivität der Impfung bezüglich der Vermeidung schwerer Krankheitsverläufe. Aus anderen Staaten wird zwar berichtet, dass dort auch hohe Anteile Geimpfter in den Krankenhäusern sind.[151] Im Hinblick auf die Zahlen aus Deutschland ist es aber wegen des Einschätzungsspielraums der Regierungen zumindest vertretbar, eine hohe Impfquote

---

[149] Bund-Länder-Beschluss vom 10.8.2021 Nr. 4 (s.o. Rn. 4); zu den Corona-Verordnungen der Länder s.o. Rn. 90.

[150] Vgl. *RKI*, Wöchentlicher COVID-19-Lagebericht vom 02.09.2021, S. 19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-02.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 19.9.2021).

[151] Vgl. z.B. *Meredith Wadman*, A grim warning from Israel: Vaccination blunts, but does not defeat Delta, Science 16.8.2021, https://www.science.org/news/2021/08/grim-warning-israel-vaccination-blunts-does-not-defeat-delta (abgerufen am 2.10.2021). In diesem Artikel heißt es: » What is clear is that “breakthrough” cases are not the rare events the term implies. As of 15 August, 514 Israelis were hospitalized with severe or critical COVID-19, a 31% increase from just 4 days earlier. Of the 514, 59% were fully vaccinated. Of the vaccinated, 87% were 60 or older. “There are so many breakthrough infections that they dominate and most of the hospitalized patients are actually vaccinated,” says Uri Shalit, a bioinformatician at the Israel Institute of Technology (Technion) who has consulted on COVID-19 for the government. “One of the big stories from Israel [is]: ‘Vaccines work, but not well enough.’”«

für geeignet zu halten, eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden. Die Geeignetheit ist daher zu bejahen.

b) Erforderlichkeit

aa) Allgemeine Erforderlichkeit

296 Der indirekte Impfzwang wäre zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen nur dann erforderlich, wenn tatsächlich die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen bestünde und wenn diese Gefahr nicht mit milderen Mitteln abgewehrt werden könnte.

297 Wie oben (Rn. 100 ff., 107f., 109 ff.) bereits gezeigt, besteht diese Gefahr nicht. Schon aus diesem Grunde ist der Impfzwang nicht erforderlich.

298 Außerdem gibt es Möglichkeiten, ohne Impfzwang das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen zu vermindern und den Sicherheitsabstand zu einer Überlastung so groß zu halten, dass die Überlastung effektiv vermieden wird (s.o. Rn. 128 ff.). Bevor der Staat mit Druck auf die Impfentscheidung in die auf die körperliche Integrität bezogene Selbstbestimmung von Menschen eingreift, die nicht Verursacher der bekämpften Gefahr sind, muss er alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel ausschöpfen, um die Gefahr abzuwenden. Dies hat der Staat bisher nicht getan. Insbesondere wurden Intensivbetten weiter abgebaut, statt ihre Zahl zu erhöhen und das Risiko einer Überlastung auf diese Weise zu senken. Auch wäre es dringend geboten, die Möglichkeiten medikamentöser Therapien zur Vermeidung intensivbehandlungsbedürftiger Krankheitsverläufe zu fördern und darüber zu informieren.

299 Vor allem besteht die Möglichkeit, die Wahrscheinlichkeit einer Überlastung der Intensivstationen dadurch zu vermindern, dass die Angehörigen der Risikogruppen besonders geschützt werden beziehungsweise indem sie sich selbst schützen, z.B. indem sie sich impfen lassen, indem sie FFP2-Masken tragen, indem sie – wenn die epidemische Lage es erfordern sollte – ihre Kontakte einschränken. Auch regelmäßige Schnelltests der Kontaktpersonen von Risikogruppen sind ein effektives Mittel, um diese Gruppen zu schützen (etwa beim Zugang zu Pflegeheimen oder Krankenhäusern). Dazu könnten kostenlose Testmöglichkeiten vorgehalten werden, um in Hochinzidenzphasen und bei drohender Überlastung der Krankenhäuser Infektionen zu vermeiden und Infektionsketten frühzeitig aufzudecken und zu unterbrechen.[152]

300 Gegenwärtig ist auch im Hinblick auf alternative Möglichkeiten, eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, ein Impfzwang, der diesem Ziel dient, nicht erforderlich.

---

152 Dies hat das insoweit erfolgreiche „Tübinger Modell“ praktiziert, vgl. dazu die Studie von *Thomas Wieland*, Smarte Lösungen statt „Lockdown“? Der „Tübinger Weg“ in der Corona-Pandemiebekämpfung auf dem Prüfstand, https://archive.corp.at/cdrom2021/papers2021/CORP2021_36.pdf (abgerufen am 3.10.2021).

bb) Altersspezifische Erforderlichkeit

301 Unterstellt, die allgemeine Erforderlichkeit (oben aa) sei gegeben, dann kommt man aber zu einem differenzierten Ergebnis, wenn man sich anschaut, aus welchen Altersgruppen die Intensivpatienten kommen. COVID-19 ist eine Krankheit, die zu schweren Verläufen fast ausschließlich bei sehr alten und gesundheitlich schwer vorgeschädigten Menschen führt. Für Kinder und Jugendliche ist diese Krankheit harmloser als die Influenza, und schwere Krankheitsverläufe gibt es nur in so seltenen Ausnahmefällen, dass dies epidemiologisch keine Rolle spielt. Dies bedeutet auch, dass ungeimpfte Kinder und Jugendliche höchstwahrscheinlich nichts Relevantes zur Überlastung der Intensivstationen beitragen werden. Wenn es aus diesen Altersgruppen so gut wie keine Corona-Intensivpatienten gibt,[153] dann ist es zum Zweck der Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen nicht erforderlich, auf sie mit staatlichem Druck einzuwirken, damit sie sich impfen lassen.

302 Eine mildere Maßnahme, mit der man das Ziel ebensogut erreichen könnte, wäre es also, die Regeln, durch die Ungeimpfte benachteiligt werden, insbesondere 2G und 3G, nicht auf Kinder und Jugendliche anzuwenden.

303 Da die Erforderlichkeit einer Maßnahme schon dann bejaht wird, wenn eine mildere Maßnahme nicht gleich effektiv ist, könnte man hier erwägen, ob die Erforderlichkeit der Einbeziehung von Kindern und Jugendlichen nicht deshalb bejaht werden müsste, weil es in wenigen Einzelfällen auch in diesen Altersgruppen zu einem intensivbehandlungsbedürftigen Krankheitsverlauf kommt. Dem lässt sich entgegenhalten, dass dies für die Situation in den Kliniken praktisch keine Rolle spielt. Man muss daraus aber keinen Prinzipienstreit machen. Wer die Erforderlichkeit der Einbeziehung von Kindern und Jugendlichen bejaht, muss die hier vorgetragenen Gesichtspunkte dann im Rahmen der Angemessenheitsprüfung berücksichtigen.

c) Angemessenheit

304 Unterstellt, die Erforderlichkeit des Impfzwangs zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen ließe sich – irgendwann im weiteren Verlauf der Epidemie – bejahen, bliebe die Angemessenheit (die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) zu prüfen. Es müsste also geprüft werden, ob der angestrebte Nutzen für das Gemeinwohl in einem angemessenen Verhältnis zu der Beeinträchtigung der Betroffenen steht.

aa) Die Intensität der Beeinträchtigung

(1) Überwältigung der freien Entscheidung über die Impfung und Auferlegung der Impfrisiken

305 Der zu bewertende Eingriff in die Freiheit der Ungeimpften besteht in dem auf ihre Willensentschließung, sich nicht impfen zu lassen, ausgeübten Druck. Dieser Druck ist je nach persönlicher Situation (z.B. Angewiesenheit auf die Freiheitsausübungsmöglichkeiten, die ohne Impfung versagt oder erschwert werden, persönliche Lebensgestaltungs-

---

[153] Siehe die Daten unten Rn. 348, 350.

entwürfe oder Interessen, familiäre Situation usw.) und je nach konkreten Umständen (Gilt 3G, 3G nur mit PCR-Test oder 2G? Gibt es Beschränkungen der Teilnehmerzahl für Ungeimpfte? usw.) unterschiedlich stark. Wenn er sich als so stark erweist, dass der Betroffene sich dafür entscheidet, sich zur „Wiedererlangung seiner Freiheit" impfen zu lassen, obwohl er sich eigentlich nicht impfen lassen will, kommt der Druck für ihn im Ergebnis einer direkten Impfpflicht gleich.

306 Bei der Beurteilung der Stärke des Impfdrucks ist zu berücksichtigen, dass dieser nicht nur von einer einzelnen staatlichen Maßnahme beziehungsweise Regelung ausgeht. Es geht nicht nur um den Ausschluss des Zugangs zum Kino, sondern auch um den Ausschluss des Zugangs zu Fußballspielen, zu Opern zu Vorträgen, Kongressen, Museen. Es geht auch um das Verbot, ein Café zu betreten oder im Restaurant zu essen. Es geht um das Verbot, seine Wohnung zu verlassen (Quarantäne). Es geht um die Belastung mit den Kosten für Tests als Voraussetzung, seine Freiheit wahrzunehmen. Diese Belastungen greifen in etliche Grundrechte ein und summieren sich – auch als Drohung, die über einem schwebt wie bei der nicht voraussehbaren Quarantäne für Kontaktpersonen – zu einer großen und für viele Menschen überwältigenden Gesamtbelastung. Man spricht bei solchen Konstellationen von einem „additiven Grundrechtseingriff". Dieser muss in der Abwägung in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung der sich verstärkenden Wirkungen der Einzeleingriffe erfasst und gewichtet werden.[154]

307 Wer sich wegen dieses Drucks impfen lässt, tut dies nicht freiwillig, sondern wegen der Zwangswirkung der Nachteile, die ihm durch die staatlichen Regelungen auferlegt werden. Deshalb muss nicht nur der Eingriff in die individuelle Selbstbestimmung, sondern auch der Eingriff in die körperliche Integrität, den die erzwungene Impfung darstellt, in die Abwägung eingestellt werden.

308 Dieser Eingriff wiegt wegen der mit der Impfung verbundenen Risiken sehr schwer. Es sind in der Regel diese Risiken, die den Einzelnen dazu bewegen, sich entgegen der öffentlichen Impfaufforderungen nicht impfen zu lassen. Dass die Impfung zu schwerwiegenden Gesundheitsschäden führen kann, ist unstreitig. Das Paul Ehrlich-Institut stellt in

[154] Zu „additiven" oder „kumulativen" Grundrechtseingriffen vgl. z.B. *BVerfGE* 130, 372 (392); 123, 186 (265 f.) m. Hinw. auf *BVerfGE* 112, 304 (319 f.); 114, 196 (247); *Hannah Ruschemeier*, Der additive Grundrechtseingriff, 2019; *Gregor Kirchhof*, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, S. 732 ff.; *Ekkehard Hofmann*, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „additiven" Grundrechtseingriff, AöR 133 (2008), S. 523 ff.; *Jan Henrik Klement*, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AöR 134 (2009), S. 35 ff.; *Jörg Lücke*, Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers, DVBl. 2001, S. 1469 ff.; *Alexander Roßnagel*, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung" – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, S. 1238 ff.; *Gerrit Hornung*, Die kumulative Wirkung von Überwachungsmaßnahmen: Eine Herausforderung an die Evaluierung von Sicherheitsgesetzen, in: Albers / Weinzierl, Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, 2010, S. 65 ff.; *Gerrit Hornung / Christoph Schnabel*, Verfassungsrechtlich nicht schlechthin verboten – Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung, DVBl. 2010, S. 824 ff.; *Thomas Würtenberger*, Entwicklungslinien des Sicherheitsverfassungsrechts, in: FS für Meinhard Schröder, 2012, S. 285 (300 f.).

seinem Sicherheitsbericht[155] folgende Nebenwirkungen der SARS-CoV-2-Impfungen heraus:

- Myokarditis und Perikarditis (Herzmuskelentzündung und Herzschleimbeutelentzündung)
- Anaphylaxie
- Thrombose-mit-Thrombozytopenie-Syndrom (TTS)
- Guillain-Barré-Syndrom (nur Vektorimpfstoffe)
- Idiopathatische Thrombozytopenische Purpura (ITP) oder Thrombozytopenie
- Thrombose

309 Die Nebenwirkungen sind nach Darstellung des Paul-Ehrlich-Instituts selten. Die Melderate betrug für alle Impfstoffe zusammen 1,5 Meldungen pro 1.000 Impfdosen, für schwerwiegende Reaktionen 0,15 Meldungen pro 1.000 Impfdosen.[156] Unter den gemeldeten Fällen wurde ein geringer Prozentsatz (um die 2 %) mit bleibenden Schäden festgestellt, und ein Anteil von Todesfällen, der je nach Impfstoff zwischen 0,2 % und 1,5 % schwankt. Allerdings wurde nur für unter 40 % diagnostiziert, dass der Allgemeinzustand wiederhergestellt war, während bei 16-25,5 % der Fälle (je nach Impfstoff) der Allgemeinzustand im Zeitpunkt der Meldung noch nicht wiederhergestellt war.[157]

310 Besonders hoch soll das Myokarditis/Perikarditis-Risiko für Jungen sein. Für 12-15-jährige Jungen liegt in USA nach den Daten des Registers für Impf- und Arzneimittelnebenwirkungen (VAERS) das Risiko bei 1:6200 (hohes Underreporting vermutet) und damit höher als das COVID-19-Hospitalisierungsrisiko.[158]

311 Ob das Meldewesen zuverlässig organisiert ist, muss bezweifelt werden. Gesundheitliche Probleme, die im zeitlichen Zusammenhang mit der Impfung auftreten, werden nicht standardmäßig als Verdachtsfälle gemeldet.[159] Auffallend ist, dass die Deutschland wesentlich weniger Verdachtsfälle gemeldet werden als in Österreich oder in Großbritannien. Dort wurden nach einem Bericht des Ärzteblatts pro 1.000 Impfdosen weit mehr als doppelt so viele vermutete Nebenwirkungen gemeldet wie in Deutschland.[160]

---

155 *PEI*, Sicherheitsbericht. Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplikationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19 seit Beginn der Impfkampagne am 27.12.2020 bis zum 31.08.2021, 20.9.2021, Zusammenfassung S. 3-8, https://www.pei.de/SharedDocs/Downloads/DE/newsroom/dossiers/sicherheitsberichte/sicherheitsbericht-27-12-bis-31-08-21.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (abgerufen am 20.9.2021).

156 Sicherheitsbericht (Fn. 155), S. 1.

157 Vgl. Abbildung 3 auf S. 13 des Sicherheitsberichts (Fn. 155).

158 Vgl. *Tracy Beth Høeg et al.*, SARS-CoV-2 mRNA Vaccination-Associated Myocarditis in Children Ages 12-17: A Stratified National Database Analysis, medRxiv 8.9.2021, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.08.30.21262866v1 (abgerufen am 2.10.2021).

159 Vgl. z.B. *Brendler/Herden*, Ein Rest Risiko, Welt 22.8.2021, https://www.welt.de/gesundheit/plus233281043/Corona-Impfschaeden-Ein-Rest-Risiko.html?icid=search.product.onsitesearch (abgerufen am 20.9.2021). Dort wird ein Arzt zitiert, der sensibilisiert sei, wenn sich nach einer Impfung seltene Erkrankungen zeigten. Aber bei Volkskrankheiten wie Infarkt oder Schlaganfall komme man nicht ohne weiteres auf die Idee, einen Bezug zur Impfung herzustellen.

160 Dazu vgl. den Artikel „Meldepflichten bei Impfkomplikationen“, Deutsches Ärzteblatt 37/2021, https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=221139.

Unabhängig von COVID-19 scheint es ein allgemeines Problem zu sein, dass es bei der Erfassung von Impf- beziehungsweise Arzneimittelnebenwirkungen eine hohe Dunkelziffer gibt.[161]

312 Wenn ein Verdachtsfall gemeldet wird, führt dies nicht automatisch dazu, dass er in die Statistik als Impfschaden eingeht. Ob die Impfung für beispielsweise einen Herzinfarkt kausal war, lässt sich nicht ohne weiteres feststellen. Deshalb arbeitet man mit statistischen Analysen: In „Observed-versus-Expected-Analysen“ werden die gemeldeten Fälle mit dem, was man auch ohne Impfungen erwarten muss, verglichen. So sind die 230 verdächtigen Herzinfarkte seit Beginn der Impfkampagne in Deutschland nicht in die Statistik des Paul-Ehrlich-Instituts eingegangen, weil sie nicht statistisch auffällig seien.[162] Während alle Menschen, die im zeitlichen Zusammenhang mit einem positiven PCR-Test verstorben sind, offiziell als „Corona-Tote“ gezählt werden, ohne dass geprüft wird, ob SARS-CoV-2 kausal für den Tod war,[163] geht man bei nach der Impfung verstorbenen Menschen, die alt und/oder gesundheitlich vorbelastet sind, offenbar davon aus, dass ihr Alter oder ihre gesundheitliche Vorbelastung den Tod verursacht haben. Obduktionen finden regelmäßig nicht statt, so dass es schlicht unbekannt ist, in wievielen Fällen die Impfung den Tod verursacht hat. Es liegt deshalb nahe, dass von einer hohen Dunkelziffer auszugehen ist. Der Heidelberger Pathologe *Peter Schirmacher* hat mehr als 40 Tote obduziert, die nach einer Corona-Impfung gestorben sind. Er nimmt an, dass 30-40 % an der Impfung gestorben sind, und meint, dass die Häufigkeit tödlicher Infektionen unterschätzt werde. Er fordert deshalb häufigere Obduktionen.[164] Das Paul-Ehrlich-Institut nimmt an, dass von 1.254 ihm als Verdachtsfälle gemeldeten Toten nur 48 möglicher-

---

161 Vgl. z.B. *Rainer Lasek u.a.*, Erfassung unerwünschter Arzneimittelnebenwirkungen, Deutsches Ärzteblatt 88, H 5/1991, A-309, https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=97564 (abgerufen am 2.10.2021); *Lorna Hazell, Saad A W Shakir*, Under-reporting of adverse drug reactions: a systematic review, Drug Saf. 2006;29(5):385-96. doi: 10.2165/00002018-200629050-00003. PMID: 16689555 (abgerufen am 2.10.2021).

162 *Brendler/Herden* (Fn. 159).

163 Vgl. z.B. Coronavirus: Ja, auch Infizierte, die gewaltsam sterben, werden in die Statistik aufgenommen, Correctiv 23.4.2020, unter Berufung auf das RKI, https://correctiv.org/faktencheck/2020/04/23/coronavirus-ja-auch-infizierte-die-gewaltsam-sterben-werden-in-die-statistik-aufgenommen/ (abgerufen am 28.9.2021). Auf der Website des RKI heißt es: „In die Statistik des RKI gehen die COVID-19-Todesfälle ein, bei denen ein laborbestätigter Nachweis von SARS-CoV-2 (direkter Erregernachweis) vorliegt und die in Bezug auf diese Infektion verstorben sind. Das Risiko an COVID-19 zu versterben ist bei Personen, bei denen bestimmte Vorerkrankungen bestehen, höher. Daher ist es in der Praxis häufig schwierig zu entscheiden, inwieweit die SARS-CoV-2-Infektion direkt zum Tode beigetragen hat. Sowohl Menschen, die unmittelbar an der Erkrankung verstorben sind („gestorben an“), als auch Personen mit Vorerkrankungen, die mit SARS-CoV-2 infiziert waren und bei denen sich nicht abschließend nachweisen lässt, was die Todesursache war („gestorben mit“) werden derzeit erfasst. Generell liegt es immer im Ermessen des Gesundheitsamtes, ob ein Fall als verstorben an bzw. mit COVID-19 ans RKI übermittelt wird oder nicht. Bei einem Großteil der an das RKI übermittelten COVID-19-Todesfälle wird „verstorben an der gemeldeten Krankheit“ angegeben. Verstorbene, die zu Lebzeiten nicht auf COVID-19 getestet wurden, aber in Verdacht stehen, an COVID-19 verstorben zu sein, können post mortem auf das Virus untersucht werden.“, https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html (abgerufen am 28.9.2021).

164 Heidelberger Pathologe pocht auf mehr Obduktionen von Geimpften, Ärzteblatt 2.8.2021, https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/126061/Heidelberger-Pathologe-pocht-auf-mehr-Obduktionen-von-Geimpften (abgerufen am 20.9.2021).

weise an der Corona-Impfung gestorben seien.[165] Wie es ohne Obduktionen zu dieser Aussage kommt, ist nicht klar.

313 In Dänemark, Schweden, Norwegen und Finnland gibt es elektronische Impfregister, die sich mit den Gesundheitsdaten verknüpfen lassen. So können die Daten systematisch auf statistische Auffälligkeiten gescreent werden. In den meisten europäischen Ländern ist diese Möglichkeit nicht gegeben.[166] Auch Deutschland hat nicht die Voraussetzungen für eine systematische Auswertung möglicher Impffolgen geschaffen. Ein Impfregister gibt es nicht.[167]

314 Die Zahl der Todesfälle und anderer schwerer Impfschäden, die bisher in die offizielle Statistik eingegangen sind, mag in Relation zur Gesamtzahl der Impfungen gering sein. In Relation zu den Nebenwirken, die herkömmliche Impfstoffe haben, ist das Risiko der neuartigen SARS-CoV-2-Impfstoffe aber um ein Vielfaches größer. So wurden seit Beginn der SARS-CoV-2-Impfungen im Dezember 2020 bis Ende Juli 2021 (verimpfte Dosen: 92.376.787) in Deutschland 1.225 Todesfälle als Verdachtsfälle gemeldet, während die Verimpfung sämtlicher anderen Impfstoffe im Elf-Jahres-Zeitraum vom 1.1.2000-31.12.2020 (verimpfte Dosen: 625.500.000) nur für 456 Todesfälle Verdachtsmeldungen generierte. Die Gesamtzahl der Verdachtsmeldungen (Nebenwirkungen und Todesfälle) beträgt für die genannten Zeiträume für die SARS-CoV-2-Impfstoffe 131.671 und für die Gesamtheit der anderen Impfstoffe 54.488.[168]

315 Seitens des Paul-Ehrlich-Instituts, der Ständigen Impfkommission, der Bundesregierung und den Landesregierungen wird das Risiko der SARS-CoV-2-Impfungen dennoch als sehr niedrig bewertet, und die Impfkampagne stellt die Impfstoffe als „sicher“ dar. Diese Bewertung ist irreführend. Die offiziell festgestellten Impfrisiken sind erheblich und schwerwiegend, und es spricht einiges dafür, dass sie nicht vollständig ermittelt werden. Außerdem können solche Bewertungen nicht individuell differenzieren. Sie gehen nicht einmal auf die unterschiedliche Situation der Menschen ein, die keinerlei Immunität haben, und Menschen, die bereits eine natürliche Immunität haben, die sogar besser schützt als die Impfung.[169]

316 Die Impfempfehlungen der Ständigen Impfkommission beruhen auf einer Abwägung des Nutzens der Impfung – also der Absenkung des Risikos einer schweren Erkrankung an COVID-19 und des Todes infolge der Erkrankung – mit den Risiken, an Nebenfolgen

165 S.o. Fn. 159.

166 *András Szigetvari*, Lücken bei Erfassung der Nebenwirkungen von Impfungen, Der Standard 18.3.2021, https://www.derstandard.at/story/2000125133007/luecken-bei-erfassung-von-nebenwirkungen-nach-impfungen (abgerufen am 22.9.2021).

167 Vgl. Seltenen Impfrisiken auf der Spur, Deutschlandfunk 28.2.2021, https://www.deutschlandfunk.de/von-astrazeneca-bis-biontech-seltenen-impfrisiken-auf-der.740.de.html?dram:article_id=493086 (abgerufen am 22.9.2021).

168 Paul-Ehrlich-Institut: Meldungen bei mRNA 16mal so hoch wie bei anderen Impfstoffen, https://www.transparenztest.de/post/paul-ehrlich-institut-16x-mehr-verdachtsfaelle-nebenwirkungen-bei-covid-mrna-impfstoffen (abgerufen am 20.9.2021).

169 Dazu *Meredith Wadman*, Having SARS-CoV-2 once confers much greater immunity than a vaccine – but vaccination remains vital, Science 26.8.2021, https://www.science.org/content/article/having-sars-cov-2-once-confers-much-greater-immunity-vaccine-vaccination-remains-vital?utm_content=buffercdc30&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer (abgerufen am 2.10.2021).

schwer zu erkranken oder zu sterben. Wegen der jeweils unterschiedlichen Wahrscheinlichkeiten wird der Nutzen der Impfung als sehr viel größer eingeschätzt als die Impfrisiken.

317 Diese Einschätzung mag epidemiologisch richtig sein. Darauf kommt es aber nicht an, wenn es um die Bewertung der Nachteile des indirekten Impfzwangs für die Betroffenen geht. Denn diese treffen aufgrund ihrer persönlichen Situation, aufgrund ihrer körperlichen und seelischen Verfassung und aufgrund ihrer individuellen Risikoneigungen ihre eigene Risikoeinschätzung und Risikobewertung. Abgesehen davon, dass für Kinder und Jugendliche auch objektiv das durchschnittliche Individualrisiko der Impfung zumindest wohl nicht kleiner ist als das Risiko, an COVID-19 schwer zu erkranken, ist für die individuelle Risikoeinschätzung nicht das durchschnittliche Risiko, sondern das persönliche Risiko aufgrund der Lebensverhältnisse und des persönlichen Gesundheitszustandes maßgeblich. Und diese Einschätzung muss der Einzelne auch nicht aufgrund irgendwelcher von Sachverständigen ermittelten objektiven Kriterien vornehmen, sondern es ist Bestandteil der grundgesetzlich garantierten Selbstbestimmung, dass er sie nach seinen eigenen subjektiven Kriterien vornehmen darf.

318 Wenn Menschen die möglichen Impffolgen für sehr gefährlich halten und mit der Möglichkeit schwerwiegender bisher noch nicht nachgewiesener Folgen für ihren körperlichen, geistigen und seelischen Zustand rechnen, kann der Druck, sich impfen zu lassen, für sie eine äußerst schwerwiegende und untragbare Belastung sein. Diese Belastung hängt nicht davon ab, ob staatlich anerkannte Experten die Befürchtungen der Betreffenden als berechtigt ansehen oder nicht.

319 Es ist nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG allein Sache des Einzelnen einzuschätzen, ob die Impfung für ihn mehr Vorteile als Nachteile bringt, und auf aufgrund dieser persönlichen Einschätzung seine Entscheidung für oder gegen die Impfung zu treffen. Es wäre – wie oben darlegt (Rn. 288 ff.) – mit dem Grundgesetz unvereinbar, ihn zu seinem eigenen Schutz zur Impfung zu zwingen.

320 Wenn der Einzelne nun zur Abwendung einer Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen mit der Vorenthaltung von Freiheitsausübungsmöglichkeiten zur Impfung gedrängt wird, dann wird er gezwungen, dieses fundamentale – in der Menschenwürde wurzelnde – Selbstbestimmungsrecht zugunsten eines Gemeinwohlziels aufzuopfern.

321 Der Körper ist der engste und intimste Bereich, in dem der Mensch lebt. In die körperliche Integrität des Menschen ohne seine Zustimmung einzudringen, berührt sein Persönlichkeitsrecht zutiefst. Deshalb kommen nicht konsentierte Verletzungen der körperlichen Integrität grundsätzlich nur in Fällen in Betracht, in denen von der betroffenen Person eine Gefahr ausgeht, die anders nicht abgewehrt werden kann.

322 Von der nichtgeimpften Person aber geht keine Gefahr aus. Es ist eine Perversion des Rechtsstaatsprinzips, alle Ungeimpften als Gefährder anzusehen und in ihre körperliche Integrität einzudringen, um Zwecke der Allgemeinheit zu verfolgen. Fast alle ungeimpften Menschen sind gesund und jedenfalls nicht mit SARS-CoV-2 infiziert und infektiös. Insofern unterscheiden sie sich von Geimpften allenfalls dadurch, dass die äußerst geringe Zahl von infektiösen Menschen, die es in der Menge der Ungeimpften gibt, etwas größer

sein könnte als die Zahl der infektiösen Menschen unter den Geimpften – jeweils in Relation zu der Größe der jeweiligen Gruppe.

323 Den Einzelnen durch Eindringen in die körperliche Integrität erheblichen und von ihm selbst als inakzeptabel abgelehnten und als unzumutbar empfundenen Risiken auszusetzen, ist ein äußerst schwerwiegender Eingriff in den Kern der Persönlichkeit. Ein solcher Eingriff kann allenfalls dann zumutbar sein, wenn ohne diesen Eingriff die Gemeinwohlinteressen der Gesamtheit so schwerwiegend geschädigt würden, dass jedem vernünftig denkenden Menschen ein solcher Eingriff als sinnvolles und notwendiges Opfer erscheinen muss.

(2) Insbesondere die Auferlegung der Langzeitrisiken neuartiger Impfstoffe

324 Die SARS-CoV-2-Impfstoffe unterscheiden sich grundlegend von herkömmlichen Impfstoffen. Sie basieren auf neuen Technologien, die am Menschen bisher nicht (mRNA-Impfstoffe) oder wenig (Vektor-Impfstoffe) erprobt worden sind. Bis Dezember 2020 gab es weltweit keinen mRNA-Impfstoff auf dem Markt, obwohl an dieser Technologie seit über 20 Jahren geforscht wird. Ergebnisse aus präklinischen Studien an Versuchstieren hatten zu Wirksamkeit und Nebenwirkungen bislang noch zu viele Fragen offengelassen.[170] Mit der Zulassung des Biontech/Pfizer- und des Moderna-Impfstoffs wurde also völliges Neuland betreten. – Zugelassene Vektorimpfstoffe waren bisher Ervebo (Ebola), Dengvaxia (Dengue) und Imojev (Japanische Enzephalitis). Die Anwendung dieser Impfstoffe war und ist regional eng begrenzt auf bestimmte Risikogebiete und Risikogruppen. Mit den COVID-19-Impfstoffen von AstraZeneca sowie Janssen werden Vektorimpfstoffe erstmals weltweit und massenhaft eingesetzt.[171]

325 Bei den neuartigen SARS-CoV-2-Impfstoffen kann man also für die Einschätzung der Risiken nicht, wie dies bei herkömmlichen Vakzinen möglich ist, auf eine viele Jahrzehnte lange Erfahrung mit ähnlichen Vakzinen zurückblicken. Empirie hinsichtlich schädlicher Folgen der neuartigen Vakzine musste in den Impfstudien erst gewonnen werden. Und soweit sie in den der Zulassung zugrundeliegenden Studien nicht gewonnen werden konnte, kann sie erst durch die praktische Massenanwendung gewonnen werden, sofern diese durch eine systematische und aufmerksame Forschung begleitet wird.

326 Während die Entwicklung eines neues Impfstoffes von der präklinischen Phase bis zur Zulassung durchschnittlich zehn Jahre dauert,[172] wurden die neuartigen SARS-CoV-2-Impfstoffe in einem sehr stark verkürzten Verfahren geprüft und erhielten bereits vor Ablauf eines Jahres eine bedingte Zulassung (conditional marketing authorisation – CMA)

---

170 *Norbert Pardi et al.*, mRNA vaccines – a new era in vaccinology, Nature 12.1.2018, https://www.nature.com/articles/nrd.2017.243 (abgerufen am 23.9.2021). Einen einführenden Überblick zu Charakteristika und Risiken der neuen mRNA-Vakzine gibt der Artikel „Neuartige Impfstoff-Technologie erstmals im Einsatz“, impfentscheidung.online 20.5.2021, https://impfentscheidung.online/neuartige-impfstoff-technologie-erstmalig-im-einsatz/ (abgerufen am 23.9.2021).

171 Vgl. COVID-19-Vektor-Impfstoffe – Genfähren in die Zelle, impfentscheidung.online 16.6.2021, https://impfentscheidung.online/genfaehren-in-die-zelle/ (abgerufen am 23.9.2021) mit einführendem Überblick über Risiken der Vektorimpfstoffe.

172 Vgl. *Esther S. Pronker et al.*, Risk in Vaccine Research and Development Quantified, Plos One March 20, 2013, https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0057755 (abgerufen am 23.9.2021).

durch die Europäische Arzneimittel-Agentur (EMA). Eine Prüfung auf langfristige Nebenwirkungen war in diesem verkürzten Verfahren nicht möglich. In den Studien, auf deren Basis die Zulassung erteilt wurde, konnten nur solche Nebenwirkungen erkannt werden, die innerhalb eines Zeitraums von erheblich weniger als einem Jahr auftreten. Außerdem muss man damit rechnen, dass seltene Nebenwirkungen durch das Raster einer solchen Studie fallen, weil die Teilnehmerzahl nicht ausreicht, sie sichtbar zu machen. Die EMA erteilte daher nur eine – vorerst auf ein Jahr befristete – bedingte Zulassung.[173] Aber auch nach Ablauf dieses Jahres wird bei der anstehenden Verlängerung der Zulassung der Erkenntnisprozess nicht abgeschlossen sein. Die Studien der Hersteller laufen noch bis Mai 2023 (Biontech)[174], bis Oktober 2022 (Moderna)[175], bis Februar 2023 (AstraZeneca)[176] und bis Januar 2023 (Janssen)[177]. Auch wenn diese Studien abgeschlossen sein werden, wird man noch nichts darüber wissen, ob nach längerer Zeit schädliche Folgen der Impfung auftreten werden, die man zuvor noch nicht erkennen konnte. Die ständig wiederholten Politikerbeteuerungen, man habe jetzt weltweit Milliarden von Impfungen vorgenommen und kenne daher die Risiken sehr gut, ist völlig irreführend, weil auch mit der größten Zahl innerhalb eines Jahres vorgenommener Impfungen keine Erfahrungen über Langzeitrisiken gewonnen werden können.

327 Weil die neuartigen Corona-Vakzine zugelassen wurden, obwohl die Risiken noch nicht umfassend erforscht werden konnten, haben die Impfungen, die seit der bedingten Zulassung massenhaft vorgenommen wurden und werden, experimentellen Charakter. Die Impfung von Millionen und weltweit Milliarden Menschen mit diesen Impfstoffen ist ein gigantischer Versuch am Menschen, der sicherlich in der Hoffnung darauf unternommen wird, dass sich keine sehr gravierenden noch unentdeckten Risiken zeigen werden. Aber diese Hoffnung ist alles andere als Gewissheit, was sich auch daran zeigt, dass die Hersteller in den Verträgen mit den Staaten die Freistellung von der Haftung für Impfschäden durchgesetzt haben.[178]

---

173 Vgl. *PEI*, Was ist eine bedingte Zulassung?, 23.4.2021, https://www.pei.de/SharedDocs/FAQs/DE/coronavirus/zulassungsprozesse-impfstoff/4-coronavirus-was-ist-bedingte-zulassung.html (abgerufen am 29.9.2021); die EU-Kommission hat dazu erklärt: „Eine bedingte Zulassung ist die Zulassung eines Arzneimittels, für das noch nicht alle für eine normale Zulassung erforderlichen Daten vorliegen. Eine solche bedingte Zulassung kann dann erwogen werden, wenn der Nutzen der sofortigen Verfügbarkeit des Arzneimittels die Risiken im Zusammenhang mit der unvollständigen Datenlage deutlich überwiegt. Die Unternehmen müssen allerdings nach der Erteilung einer bedingten Zulassung innerhalb bestimmter Fristen weitere Daten vorlegen, zum Beispiel aus laufenden oder neuen Studien, um zu belegen, dass der Nutzen die Risiken nach wie vor überwiegt.“, https://ec.europa.eu/germany/news/20201222-impfstoff-zulassung_de (abgerufen am 29.9.2021).

174 https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04368728?term=NCT04368728&draw=2&rank=1 (abgerufen am 1.10.2021).

175 https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04470427?term=NCT04470427&draw=2&rank=1 (abgerufen am 1.10.2021).

176 https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04516746?term=NCT04516746&draw=2&rank=1 (abgerufen am 1.10.2021).

177 https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04505722 (abgerufen am 1.10.2021).

178 Vgl. die Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2020 auf die Frage der Abgeordneten Gesine Lötsch nach der Übernahme der Haftungsrisiken: „Die Bundesregierung ist an Verträgen über den Erwerb von Impfstoffen gegen COVID-19 beteiligt, die die Europäische Kommission aushandelt. Diese lassen die Vorschriften der europäischen Produkthaftungsrichtlinie sowie die Haftung nach dem jeweils anwendbaren mitgliedstaatlichen Recht unberührt. Um die Entwicklung von

328 In einem der geheimgehaltenen, aber geleakten Verträge zwischen dem Impfstoffhersteller Pfizer (Biontech) und verschiedenen Staaten findet sich angeblich folgende Klausel: „Der Käufer erkennt […] an, dass die langfristigen Wirkungen und die Wirksamkeit des Impfstoffs derzeit nicht bekannt sind und dass der Impfstoff unerwünschte Wirkungen haben kann, die derzeit nicht bekannt sind.“[179] Wenn das Zitat zutrifft, hat Pfizer damit

---

Impfstoffen gegen COVID-19 zu fördern und die von den Herstellern hierbei eingegangenen finanziellen Risiken zu reduzieren, sehen die Europäischen Verträge vor, dass die Mitgliedstaaten bei Haftungsfällen aufgrund von Nebenwirkungen finanzielle Verpflichtungen für die Hersteller in bestimmten Fällen übernehmen.“, BT-Drs. 19/22571, S. 110. – Die Verträge werden anscheinend geheimgehalten (vgl. z.B. die Vertraulichkeitsvereinbarung in Abschnitt II.9 des Vertrages zwischen der Europäischen Kommission und Pfizer, s.u.; vgl. auch z.B. „Governments Sign Secret Vaccine Deals. Here's What They Hide“, New York Times 28.1.2021, https://www.nytimes.com/2021/01/28/world/europe/vaccine-secret-contracts-prices.html, abgerufen am 1.10.2021), sind teilweise aber geleakt worden, so die Advance Purchase Agreements (APAs) zwischen der Europäischen Kommission und Pfizer (Biontech) sowie Moderna, dazu „Verträge der EU-Kommission mit Pfizer und Moderna geleakt – Rechtsanwaltskanzlei beurteilt sie als ungültig“, tpk.at 20.4.2021, https://tkp.at/2021/04/20/vertraege-der-eu-kommission-mit-pfizer-und-moderna-geleakt-rechtsanwaltskanzlei-beurteilt-sie-als-ungueltig/ (abgerufen am 1.10.2021). Der Vertrag mit Pfizer vom 20.11.2020 (SANTE/2020/C3/043 - S12.838335, https://www.rai.it/dl/doc/2021/04/17/1618676600910_APA%20BioNTech%20Pfizer__.pdf) enthält folgende Klausel:
»I.12 Indemnification
I.12.1 The Commission, on behalf of the Participating Member States, declares that the use of Vaccines produced under this APA will happen under epidemic conditions requiring such use, and that the administration of Vaccines will therefore be conducted under the sole responsibility of the Participating Member States. Hence, each Participating Member State shall indemnify and hold harmless the Contractor, their Affiliates, sub-contractors, licensors and sub-licensees, and officers, directors, employees and other agents and representatives of each (together, the "Indemnified Persons") from and against any and all liabilities incurred, settlements as per Article 1.12.6, and reasonable direct external legal costs incurred in the defence of Third Party Claims (including reasonable attorney's fees and other expenses) relating to harm, damages and losses as defined in Article 1.12.2 (together, the "Losses") arising from or relating to the use and deployment of the Vaccines in the jurisdiction of the Participating Member State in question. This Article 1.12 applies to Losses which arise from or relate to the Vaccines supplied in accordance with this APA during the initial duration of this APA of 24 months (for the avoidance of doubt, regardless whether the Use of the Vaccine or Losses occur within or after such initial duration). […]
1.12.2 Indemnification pursuant to Article 1.12.1 will only be available for the following losses suffered by a third party: death, physical injury, mental or emotional injury, illness, disability, property loss or damage, economic losses or business interruption.«
Eine ähnliche Klausel ist auch im APA mit Moderna (SANTE/2020/C3/054 – SI.2.838958, https://www.rai.it/dl/doc/2021/04/17/1618676613043_APA%20Moderna__.pdf, abgerufen am 1.10.2021) enthalten (II.5.1). – Zu geleakten Verträgen zwischen Pfizer und Albanien sowie Brasilien z.B. Tagesanzeiger 2.8.2021 („Pfizer wälzt Risiken auf Käufer ab, große Unterschiede bei Preisen“), https://www.tagesanzeiger.ch/pfizer-waelzt-risiken-auf-kaeufer-ab-grosse-unterschiede-bei-preisen-567658377087 (abgerufen am 1.10.2021).

179 Darüber wurde in diversen Medien berichtet, z.B. Der Freitag 33/2021, https://www.freitag.de/autoren/der-freitag/die-wahren-covidioten (abgerufen am 1.10.2021). Das Zitat stammt aus einem geleakten Entwurf der Herstellungs- und Liefervereinbarung zwischen Pfizer und Albanien, abrufbar hier: https://corona-blog.net/wp-content/uploads/2021/08/LEXO-KONTRATEN-E-PLOTE1.pdf (abgerufen am 1.10.2021). Wenn es zutrifft, dass dieser Entwurf von Pfizer stammt, ist das Zitat auch dann aufschlussreich, wenn es nicht in den endgültigen Vertrag aufgenommen worden sein sollte. Wörtlich lautet die Klausel in dem zitierten Entwurf vom 1.6.2021:
»5.5 Purchaser Acknowledgement.
Purchaser acknowledges that the Vaccine and materials related to the Vaccine, and their components and constituent materials are being rapidly developed due to the emergency circumstances of the COVID-19 pandemic and will continue to be studied after provision of the Vaccine to Purchaser under this Agreement. Purchaser further acknowledges that the long-term effects and efficacy

ausdrücklich festgestellt, was nach meinen obigen Darlegungen ohnehin selbstverständlich ist – dass nämlich über die langfristigen Nebenwirkungen des Impfstoffs noch keine Aussage gemacht werden kann.

329 Mit der weltweiten Impfkampagne erleben wir den wohl größten medizinischen Menschenversuch aller Zeiten, der zudem leider ohne systematische, kontrollierte und transparente Überwachung und Analyse der Ergebnisse stattfindet.

330 Die Ungewissheit über Langzeitrisiken, über deren Ausmaß man noch gar nichts wissen kann, kann für Menschen, die sich darüber Gedanken machen, psychisch eine außerordentliche Belastung sein, wenn sie sich gegen ihre Überzeugung und gegen ihre Befürchtungen gezwungen sehen, sich zur Vermeidung der ihnen auferlegten Freiheitseinschränkungen impfen zu lassen.

bb) Der Nutzen für das Gemeinwohl

(1) Allgemeine Gesichtspunkte

331 Die systemische Überlastung der Intensivstationen und damit die Notwendigkeit von Triageentscheidungen zu verhindern, ist ein sehr wichtiges Gemeinwohlziel. Dieses Ziel lässt sich nicht – wie dies oft geschieht – abstrakt in die Abwägung einstellen. Vielmehr kommt es darauf an, wie groß der Beitrag ist, der mit Hilfe der zu untersuchenden Maßnahme – hier also mit dem Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen – zur Erreichung dieses Ziels geleistet wird.

332 Die Größe dieses Beitrags hängt von verschiedenen Umständen ab. Einerseits geht es darum, wie groß die Gefahr ist, dass es zu einer systemischen Überlastung der Intensivstationen kommt, die durch eine Vielzahl von Corona-Patienten verursacht wird. Die Größe der Gefahr hängt von der Wahrscheinlichkeit ab, dass es zu dieser Überlastung kommt, und sie hängt auch davon ab, wie groß die Überlastung sein wird – ob also nur in wenigen Fällen eine optimale Versorgung der Patienten nicht mehr möglich sein wird oder in Hunderttausenden von Fällen.

333 Zur Zeit kann von einer Gefahr nicht die Rede sein, von einer großen oder gar überwältigenden Gefahr schon gar nicht.

334 Angenommen, es käme im weiteren Verlauf der Epidemie zu einer großen Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen, dann hängt der Nutzen des indirekten Impfzwangs davon ab, in welchem Maße die so bewirkten Impfungen diese Gefahr vermindern können.

335 Es ist zwar grundsätzlich richtig, dass mit der Durchimpfung eines immer größeren Teils der Bevölkerung die Wahrscheinlichkeit einer Überlastung der Intensivstationen geringer wird – jedenfalls nach dem augenblicklichen Stand der Erkenntnisse, demzufolge zur Zeit die allermeisten Corona-Patienten auf den Intensivstationen ungeimpft sind, was darauf schließen lässt, dass Geimpfte seltener einen schweren, intensivbehandlungsbedürftigen Krankheitsverlauf erleben als Ungeimpfte (s.o. Rn. 295). Allerdings scheint das

of the Vaccine are not currently known and that there may be adverse effects of the Vaccine that are not currently known.«

Datenmaterial insofern sehr unzuverlässig zu sein. In der Presse wird berichtet, dass Kliniken alle Patienten, die bei routinemäßigen Covid-Tests ein positives Ergebnis haben, als Corona-Patienten melden und dass diese in die RKI-Statistik auch so eingegeben werden, auch wenn sie nicht mit einer COVID-19-Diagnose in die Klinik eingewiesen wurden, sondern beispielsweise wegen eines Herzinfarkts oder eines Verkehrsunfalls.[180] Bevor man auf Zahlen über COVID-19-Patienten in Kliniken beziehungsweise in Intensivstationen so weitreichende Entscheidungen trifft wie die Einführung eines faktischen indirekten Impfzwangs, müssen die Daten validiert werden. Sonst ist eine rationale Abwägung nicht möglich.

336 Immerhin ist es nicht unwahrscheinlich, dass es auch nach Verbesserung der Datenbasis dabei bleibt, dass die Erhöhung der Impfquote die Zahl der intensivbehandlungsbedürftigen Fälle vermindert, auch wenn nach Verbesserung der Statistik der Umfang dieser Verminderung geringer ausfallen dürfte.

337 Sofern es dabei bleibt, dass die Impfung mit hoher Wahrscheinlichkeit vor schweren Krankheitsverläufen schützt, wird also bei Erhöhung der Impfquote die Wahrscheinlichkeit einer Überlastung der Intensivstationen immer geringer.

338 Unter der Voraussetzung, dass es eine Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen durch COVID-19-Patienten gibt – was gegenwärtig nicht zutrifft und was angesichts der Erfahrungen des letzten Jahres in Verbindung mit der inzwischen schon hohen und bei den Risikogruppen sehr hohen Impfquote höchstwahrscheinlich in dieser Epidemie auch nicht eintreten wird –, kann der Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen, demnach einen erheblichen Beitrag leisten, die Intensivstationen zu entlasten und die Gefahr ihrer Überlastung zu beseitigen.

339 Wie groß der so verstandene Gemeinwohlnutzen ist, hängt – wie gesagt – von der Größe der Gefahr ab. Schätzt man sie, wie hier vertreten, als klein ein (sofern überhaupt vorhanden), ist der Nutzen viel geringer, als wenn eine sehr große Gefahr gegeben wäre. Je nachdem, wie sich die Lage entwickelt, kann der Nutzen größer oder geringer werden.

340 Wichtig ist aber auch, dass es in der Abwägung nicht darauf ankommt, wie groß der mit dem Ziel des Eingriffs angestrebte Gemeinwohlnutzen insgesamt sind, sondern darauf, wie groß der Beitrag für die Erreichung dieses Ziels ist, den der Eingriff leistet.[181] Man muss also bedenken, dass der indirekte Impfzwang nicht dazu führt, dass alle betroffenen Menschen sich impfen lassen, während auch ohne staatlichen Impfdruck viele Menschen sich noch impfen lassen werden. Eine große Zahl wird dem Druck widerstehen und ungeimpft bleiben. Viele Menschen werden sich überzeugen lassen, dass für sie das Risiko einer Erkrankung an COVID-19 viel größer als die Impfrisiken sei. Insofern kann der Impfdruck auch kontraproduktiv sein.[182] Denn wenn der Staat nicht darauf vertraut, die Menschen davon zu überzeugen, dass die Impfung für sie vorteilhaft ist, sondern sie mit

180 Vgl. z.B. Hospitalisierungsrate: Die fatalen Verzerrungen beim neuen Maß für die Corona-Politik, Welt 20.9.2021, https://www.welt.de/politik/deutschland/plus233881234/Hospitalisierungsrate-Die-fatalen-Verzerrungen-beim-neuen-Mass-fuer-die-Corona-Politik.html.

181 Zur Notwendigkeit einer solchen konkreten Gewichtung des Nutzens *Dietrich Murswiek*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (6 ff.), https://content.beck.de/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

182 Vgl. z.B. *Rixen*, in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR 2021, Kap. 5 Rn. 90.

Freiheitseinschränkungen zur Impfung zu bewegen sucht, kann dies Misstrauen hervorrufen – auch bei denen, die sich noch keine unverrückbare Meinung zur Impfung gebildet haben. Diese Möglichkeit schwächt den angestrebten Gemeinwohlnutzen des Impfdrucks ab.

341 Hiervon geht offensichtlich auch die Parlamentarische Versammlung des Europarats aus, die gerade zu dem Zweck, eine hohe Impfquote sicherzustellen, die Mitgliedstaaten aufgefordert hat, sicherzustellen, dass ihre Bürger darüber informiert werden, dass die Corona-Impfung nicht verpflichtend ist und dass niemand politisch, sozial oder in anderer Weise unter Druck gesetzt wird, sich impfen zu lassen, sowie sicherzustellen, dass niemand diskriminiert wird, weil er sich nicht hat impfen lassen.[183]

342 Zur Klarstellung sei betont, dass in der Abwägung nicht das Gewicht der individuellen Betroffenheit eines einzelnen Klägers dem angestrebten Gemeinwohlnutzen im Ganzen gegenübergestellt werden darf. Wenn auf Seiten des Gemeinwohls der Gesamtnutzen, den der indirekte Impfzwang im Hinblick auf das Ziel der Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen hat, in die Abwägung eingestellt wird, muss auch die Summe der Grundrechtseingriffe der Ungeimpften in die Abwägung eingestellt werden. Stellt man in die Abwägung hingegen nur die individuelle Belastung eines konkreten Klägers ein, dann darf auf der Nutzenseite auch nur derjenige winzig kleine Bruchteil des Gesamtnutzens auf die Waagschale gelegt werden, den die Impfung dieser einen Person für die Entlastung der Intensivstationen leitet. Da es um die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Regelungen geht, ist es sinnvoll, auf beiden Seiten den kollektiven Nutzen beziehungsweise die kollektiven Nachteile auf die Waage zu legen.[184]

(2) Altersspezifische Gesichtspunkte

343 Wie oben schon gesagt (Rn. 301), hängt die Wahrscheinlichkeit, dass ein COVID-19-Patient so schwer erkrankt, dass er intensivbehandlungsbedürftig ist, von seinem Alter und von seinen Vorerkrankungen ab. Bei Kindern und Jugendlichen ist diese Wahrscheinlichkeit äußerst gering, bei sehr alten Menschen ist sie hoch. Je älter die Patienten, desto wahrscheinlicher ein schwerer Krankheitsverlauf, und umgekehrt. Und noch wahrscheinlicher ist ein schwerer Krankheitsverlauf, wenn hohes Alter und schwere gesundheitliche Vorbelastungen zugleich vorhanden sind.

344 Unter den alten und schwer vorbelasteten Menschen sind zwar die weitaus meisten Menschen inzwischen geimpft, aber es gibt immer noch einen erheblichen Prozentsatz Ungeimpfter in dieser Gruppe. Obwohl die Zahl der Ungeimpften bei den Jüngeren und bei den ganz Jungen prozentual viel größer ist, muss man damit rechnen, dass die meisten Intensivpatienten auch künftig aus der Gruppe der Alten und gesundheitlich Vorbelasteten kommen.

345 Da mit Intensivpatienten aus der Gruppe der Kinder und Jugendlichen nur in so geringer Zahl zu rechnen ist, dass dies für die Gefahr der Überlastung der Intensivstationen

---

183 Resolution 2361 (2021) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, Punkte 7.3.1. und 7.3.2.

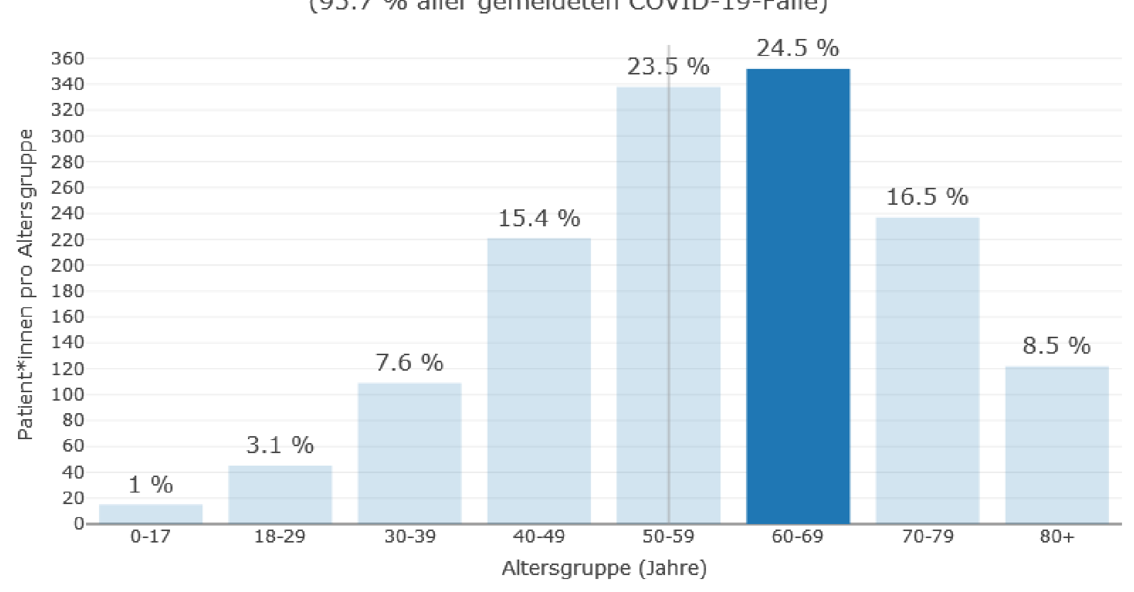
184 Vgl. *Murswiek* (Fn. 181), S. 6.

praktisch keine Rolle spielt, ist der Gemeinwohlnutzen der Einbeziehung dieser Gruppen in den faktischen Impfzwang sehr gering.

346 Ähnliches dürfte für junge und gesunde Erwachsene gelten. Auch aus dieser Gruppe ist nur mit wenigen Intensivpatienten zu rechnen, so dass – bezogen auf das hier erörterte Ziel, die Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden – die Erstreckung des faktischen Impfzwangs auf diese Gruppen ebenfalls gering ist.

347 Der zur Erreichung dieses Ziels angestrebte Nutzen lässt sich am besten in den am meisten gefährdeten Alters- und Personengruppen erreichen. Eine hohe Zahl von Impfungen bei jungen Leuten führt zu keiner oder allenfalls einer sehr geringen Senkung des Risikos einer Überlastung der Intensivstationen, während eine starke Steigerung von Impfungen bei alten Leuten und anderen gefährdeten Gruppen zu einer starken Senkung des Risikos einer Überlastung der Intensivstationen führen wird. Der Gemeinwohlnutzen ist also gruppenspezifisch sehr unterschiedlich und reicht von äußerst gering bis sehr groß.

348 Dies wird bestätigt durch die Altersstruktur der aktuellen Belegung der Intensivstationen mit COVID-19-Patienten:



Von den zur Zeit (Stand: 21.9.2021) auf Intensivstationen behandelten COVID-19-Patienten gehören folgenden Altersgruppen an: 0-17 1 %, 18-29 3,1 %, 30-39 7,6 %, 40-49 15,4 %, 50-59 23,5 %, 60-69 24,5 %, 70-79 16,5 %, 80+ 8,5 %.[185]

349 Schon hieraus ist ersichtlich, dass die Durchimpfung der Kinder und Jugendlichen zur Entlastung der Intensivstationen praktisch nichts beiträgt. In der Altersgruppe der 18-29-Jährigen ist der Nutzen sehr gering. Der größte Nutzen könnte in den Altersgruppen 50+ erreicht werden.

350 Noch deutlicher wird die unterschiedliche Verteilung des Nutzens der Durchimpfung der verschiedenen Altersgruppen für die Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen, wenn man die Bevölkerungsstruktur berücksichtigt. Stellt man der Belegung der

185 https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/altersstruktur (abgerufen am 22.9.2021).

Intensivstationen durch Patienten aus den unterschiedlichen Altersgruppen die Altersstruktur der Bevölkerung[186] gegenüber, ergibt sich folgende Tabelle:

Altersgruppen	Bevölkerungs-anteil %	Belegung ITS %	Bevölkerungsanteil ./. IST-Anteil
0-17	16,5	1	16,5
18-29	13,3	3,1	4,3
30-39	13,1	7,6	1,7
40-49	12,1	15,4	0,8
50-59	16	23,5	0,7
60-69	12,9	24,5	0,5
70-79	8,9	16,5	0,5
80+	7,1	8,5	0,8

Es zeigt sich, dass Impfungen in den Altersgruppen von 60-79 für die Entlastung der Intensivstationen 33-mal so viel Nutzen bringen wie Impfungen von Kindern und Jugendlichen – und dies, obwohl die Impfquote bei den 60-79-Jährigen ja bereits sehr viel höher als bei Kindern und Jugendlichen ist. Auch Impfungen von 18-29-Jährigen sind um ein Vielfaches (nämlich um das Achtfache) weniger nützlich als Impfungen der Menschen aus den hohen Altersgruppen. Impfungen der 30-39-Jährigen bringen für die Entlastung der Intensivstationen ebenfalls wenig. Impfungen der Menschen ab 40 aufwärts nutzen bezogen auf dieses Ziel doppelt so viel.

cc) Abwägung

(1) Allgemeine Abwägungsgesichtspunkte

351 Der indirekte Impfzwang ist ein sehr schwerwiegender Eingriff in die individuelle Selbstbestimmung und in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Dieser Eingriff wiegt besonders schwer, weil er sich gegen Nichtstörer wendet, gegen Menschen, die auch ohne Impfung nicht intensivbehandlungsbedürftig sind und es aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht werden. Der Einzelne wird mit einem schwerwiegenden Eingriff in seine Selbstbestimmung und seine körperliche Integrität zur Verwirklichung eines Gemeinwohlzwecks in Anspruch genommen. Das könnte allenfalls dann zumutbar sein,

[186] Zahlen zur Altersstruktur Stand 31.12.2020, Quelle: Statistisches Bundesamt, https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?operation=abruftabelleBearbeiten&levelindex=2&levelid=1632313602747&auswahloperation=abruftabelleAuspraegungAuswaehlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&code=12411-0005&auswahltext=&werteabruf=Werteabruf#abreadcrumb (abgerufen am 22.9.2021).

wenn dieser Gemeinwohlzweck von allergrößtem Gewicht wäre und mit anderen Mitteln nicht erreicht werden könnte.

352 Das Gewicht des angestrebten Gemeinwohlzwecks hängt, wie gesagt, von der Entwicklung der Epidemie ab und kann nicht abstrakt im vorhinein bestimmt werden. Solange keine konkrete Gefahr gegeben ist (dazu oben Rn. 109 ff.), sondern es nur darum geht, das Prinzip Vorsicht walten zu lassen oder für eine entspannte Lage auf den Intensivstationen zu sorgen, ist das Gewicht des angestrebten Ziels eindeutig viel geringer als das Gewicht des Grundrechtseingriffs.

353 Für die Abwägung von großer Bedeutung ist, dass das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen ohne Freiheitseinschränkungen für die Ungeimpften und somit ohne mittelbaren Impfzwang mit anderen Mitteln wesentlich gesenkt werden kann. In Betracht kommt insbesondere die Erhöhung der Zahl der belegbaren Intensivbetten, wobei schon sehr viel gewonnen wäre, wenn die Zahl wieder auf den Stand gebracht werden könnte, den sie zu Beginn der COVID-19-Epidemie bereits hatte.[187]

354 Im übrigen muss gesagt werden: Nachdem die Befürchtung einer Überlastung der Intensivstationen schon mehrmals als Argument für die außerordentlichen Freiheitseinschränkungen eines Lockdowns hat herhalten müssen, hat dieses Argument jetzt ausgedient. Wenn der Staat immer noch meint, dass die Pandemie ohne Überlastung der Intensivstationen nur mit Hilfe weitreichender Freiheitseinschränkungen für Nichtstörer bewältigt werden kann, und trotzdem nichts unternimmt, um die Zahl der für den Einsatz auf Intensivstationen befähigten Pflegekräfte zu erhöhen, grenzt dies an Vorsatz bezüglich der Herbeiführung einer Lage, die aus Sicht der Regierung die Freiheitseinschränkungen erfordert.

355 Ein weiteres Mittel zur Senkung des Risikos einer Überlastung der Intensivstationen ist gesundheitliche Aufklärung insbesondere über Maßnahmen zur Stärkung des Immunsystems.

356 Vor allem aber muss der Staat, bevor er zu Mitteln des indirekten Impfzwangs greift, alle Möglichkeiten der Überzeugung der Menschen ausschöpfen. Es wird nicht in Abrede gestellt, dass viel an Überzeugungs- oder Überredungsversuchen unternommen wird und die Regierungen auf Bundes- und Landesebene in Verbindung mit den Massenmedien eine intensive Impfwerbung betreiben. Allerdings ist die Impfkampagne einseitig auf eine Erhöhung der Impfquote gerichtet und deshalb weitgehend an die Altersgruppen adressiert, in denen die Impfquote bisher gering ist, die aber zur Entstehung einer Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen praktisch nichts oder nur sehr wenig beitragen. Wie oben gezeigt, ist es für die Erreichung des Ziels, eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, von großer Bedeutung, dass diejenigen Altersgruppen, aus denen die meisten Intensivpatienten kommen, von schweren Krankheitsverläufen verschont bleiben. Bei diesen Altersgruppen müsste – wenn man die Impfung für die Lösung hält – die Überzeugungsarbeit ansetzen, und hier müsste die Überzeugungsarbeit auch die größten Erfolge erzielen können, weil diese Altersgruppen dem größten COVID-19-Risiko

[187] Dazu im einzelnen mit statistischen Daten oben Rn. 112 ff.

ausgesetzt sind und die Impfung für sie ein weitaus besseres Nutzen-Risiko-Verhältnis verspricht als für die jüngeren Altersgruppen.

357 Was in der öffentlichen Diskussion kaum eine Rolle spielt, ist der Umstand, dass es Hinweise dafür gibt, dass auf den Intensivstationen COVID-19-Patienten aus bestimmten sozio-kulturellen Milieus weit überrepräsentiert sind.[188] Wenn es sich dabei nicht nur um Befunde aus einzelnen Städten oder einzelnen Kliniken, sondern um ein verbreitetes Phänomen handeln sollte, müsste dem nachgegangen und Aufklärungsarbeit in den betreffenden Milieus betrieben werden.

358 Die Anwendung indirekten Impfzwangs ist zumindest dann unzumutbar, wenn nicht alle anderen Mittel in der zur Verfügung stehenden Zeit zuvor ohne Erfolg so effektiv wie möglich eingesetzt worden sind.[189] Dies ist bis jetzt mit Sicherheit nicht der Fall.

359 Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die befürchtete Überlastung der Intensivstationen allenfalls kurzfristig und einmalig in diesem Herbst/Winter eintreten könnte – was, wie gesagt, äußerst unwahrscheinlich ist, nachdem die allermeisten Angehörigen der Risikogruppen geimpft sind und wir schon in der Zeit vor Beginn der Impfungen keine Überlastung gesehen haben. Es besteht unter den Experten Einigkeit darüber, dass die Epidemie aufgrund des Umstandes, dass bald die gesamte Bevölkerung durch Impfung oder auf natürliche Weise immunisiert sein wird, endemischen Charakter annehmen und künftig jedenfalls nicht größere Probleme für die Kliniken mit sich bringen wird als herkömmliche Grippewellen.[190] Es ist zwar möglich, dass es auch im Winter 2022/23 noch COVID-19-Fälle auf Intensivstationen geben wird. Aber das werden dann noch sehr viel weniger Fälle sein als jetzt, so dass die Gefahr einer Überlastung als völlig ausgeschlossen erscheint. Dem steht gegenüber, dass die Impfung nicht rückgängig gemacht werden kann. Wenn sie schwerwiegende Nebenfolgen hat, können diese die Betroffenen ihr Leben lang belasten.

360 Berücksichtigt man alle diese Aspekte, dann lässt sich sagen, dass in der Abwägung eindeutig das Gewicht, das der indirekte Impfzwang für die Betroffenen hat, überwiegt, sofern sich nicht im weiteren Verlauf der Epidemie eine Situation ergeben sollte, bei der eine katastrophale Überlastung der Intensivstationen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

361 Hinzu kommt, dass das eingesetzte Mittel des Drucks auf die Ungeimpften eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung mit den Geimpften ist (s.o. Rn. 243-260). Eine Freiheitseinschränkung kann aber nicht angemessen sein, wenn sie gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

---

188 Vgl. z.B. Migranten auf Intensivstationen. Warum Corona Minderheiten härter trifft, ZDF 4.3.2021, https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-intensivstation-patienten-migrations-hintergrund-100.html (abgerufen am 22.9.2021).

189 Vgl. *Rixen*, in: Huster/Kingreen, Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2021, Kap. 5 Rn. 90.

190 Vgl. z.B. das Interview mit Moderna-Chef *Stéphane Bancel*: «In einem Jahr ist die Pandemie vorbei», NZZ 23.9.2021, https://www.nzz.ch/wirtschaft/moderna-chef-bancel-in-einem-jahr-ist-die-pandemie-vorbei-ld.1646709?kid=nl164_2021-9-22&mktcid=nled&ga=1&mktcval=164_2021-09-23#register (abgerufen am 23.9.2021).

(2) Abwägung im Hinblick auf den experimentellen Charakter der Impfung

362 Eingriffe in die körperliche Integrität mit Medikamenten oder Impfstoffen sind grundsätzlich nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig. Andernfalls berühren sie die Menschenwürde. Eine Verletzung der Menschenwürde liegt jedenfalls immer dann vor, wenn der Einzelne gegen seinen Willen zum Gegenstand eines medizinischen Experiments gemacht wird. Die Teilnahme an Studien zur Erprobung eines neuen Impfstoffs darf nur freiwillig, und das impliziert auch: nach sorgfältiger Aufklärung, erfolgen. Niemand darf zur Teilnahme an Menschenversuchen gezwungen werden. Mit unfreiwilligen Menschenversuchen würden die Betroffenen zum bloßen Mittel medizinischer Versuche degradiert. Dies verstieße eklatant gegen die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG).

363 Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt. Voraussetzung für die Vereinbarkeit eines medizinischen Humanexperiments mit der Menschenwürde ist der aufgeklärte Konsens der Probanden.[191] Das kommt schon im Nürnberger Kodex[192] zum Ausdruck und findet sich in weiteren Deklarationen zur medizinischen Ethik wieder, so z.B. in der Deklaration von Helsinki.[193] Zu den Grundsätzen des Nürnberger Kodex gehört, dass niemand „durch Gewalt, Betrug, List, Druck, Vortäuschung oder irgendeine andere Form der Überredung oder des Zwanges“ bei seiner Entscheidung, an einem medizinischen Experiment teilzunehmen, beeinflusst werden darf.

364 Der oben genannte Grundsatz ist für Forschung am Menschen, also für von Wissenschaftlern mit wissenschaftlichen Methoden durchgeführte Experimente entwickelt worden. Die Menschenwürde ist aber nicht weniger berührt, wenn Menschen unfreiwillig den Risiken eines neuartigen Impfstoffs, dessen Langzeitwirkungen noch nicht erforscht sind, ausgesetzt wird, ohne dass dies im Rahmen einer wissenschaftlichen Studie stattfindet. Handlungen, die nicht an einer überschaubaren Zahl von in eine wissenschaftliche Studie einbezogenen Menschen vorgenommen werden dürfen, wenn diese keinen aufgeklärten Konsens gegeben haben, dürfen erst recht nicht ohne Konsens der Betroffenen an einer unbestimmten Vielzahl von Menschen außerhalb einer wissenschaftlichen Versuchsanordnung vorgenommen werden. Denn außerhalb einer wissenschaftlichen Versuchsanordnung ist nicht sichergestellt, dass ein angestrebter Erkenntnisgewinn auch tatsächlich erzielt werden kann, und außerhalb einer kontrollierten Studie lassen sich nicht die Risiken für die Teilnehmer des Experiments so weit wie möglich reduzieren. Sähe man dies anders, könnten Impfstoff- oder Arzneimittelhersteller die Schranken, die die Menschenwürdegarantie ihrer Forschungsfreiheit setzt, einfach dadurch umgehen, dass sie (mit Erlaubnis der Zulassungsbehörden) außerhalb kontrollierter Forschungen ihre Medikamente und Vakzine in Umlauf brächten und einfach abwarteten, welche Erkenntnisse sich

---

[191] Vgl. z.B. *Horst Dreier*, in: Dreier, GG Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 153 m.w.N.; *Wolfgang Löwer*, in: HGR IV, 2011, § 99 Rn. 29 m.w.N.

[192] Die zehn Punkte des Nürnberger Kodex sind z.B. hier zu finden: https://de.wikipedia.org/wiki/N%C3%BCrnberger_Kodex (abgerufen am 24.9.2021).

[193] WMA Deklaration von Helsinki – Ethische Grundsätze für die medizinische Forschung am Menschen, verabschiedet von der 18. WMA-Generalversammlung, Juni 1964 Helsinki, mehrfach revidiert, zuletzt auf der 64. WMA-Generalversammlung im Oktober 2013, Fortaleza (Brasilien), Nr. 25 ff., https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/International/Deklaration_von_Helsinki_2013_20190905.pdf (abgerufen am 25.9.2021).

dann mehr oder weniger zufällig aus der unkontrollierten praktischen Anwendung ergäben.

365 Daraus folgt: Eine Impfpflicht bezüglich eines Impfstoffs, der noch nicht umfassend – auch im Hinblick auf längerfristige Folgen – auf seine Nebenwirkungen untersucht worden ist, so dass die aus der Impfung resultierenden Gesundheitsrisiken noch nicht verlässlich abgeschätzt werden können, ist mit der Menschenwürdegarantie unvereinbar.

366 Im Falle des indirekten Impfzwangs fragt sich nur, ob die Menschenwürde deshalb nicht tangiert ist, weil die Betroffenen die Möglichkeit haben, sich trotz des auf sie ausgeübten Drucks gegen die Impfung zu entscheiden. Wenn der Druck nur leicht ist und es dem Betroffenen ohne große Beschwernisse möglich ist, dem Druck auszuweichen, wird man eine Verletzung der Menschenwürde verneinen können. Wie oben gezeigt (Rn. 263 f., 306 ff.), wirkt sich die 2G-Regel für viele Menschen aber als ein so starker Druck aus, dass sie sich gegen ihren eigentlichen Willen für die Impfung entscheiden werden. Das gleiche gilt für die 3G-Regel in ihrer kostenpflichtigen Variante sowie für nur Ungeimpfte treffende Quarantänepflichten ohne Entschädigung für Verdienstausfall.

367 Da insoweit die Menschenwürde der Betroffenen tangiert ist, ist der indirekte Impfzwang insoweit verfassungswidrig. Denn die Menschenwürde ist nach dem Grundgesetz absolut geschützt und nicht abwägbar.[194]

368 Soweit man annehmen sollte, dass der Druck auf die Impfentscheidung in der konkreten Konstellation nicht stark genug ist, um eine Verletzung der Menschenwürde zu bejahen, ist eine Abwägung zwar möglich. Jedoch werden die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (beziehungsweise hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts, wenn man dieses hier nicht in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verortet, auch Art. 2 Abs. 1 GG) durch Art. 1 Abs. 1 GG verstärkt: Die Bedeutung der Menschenwürde für die freie Selbstbestimmung über den eigenen Körper erhöht dann in der Abwägung das Gewicht der durch den Druck auf die Impfentscheidung bewirkten Freiheitseinschränkung.

(3) Altersspezifische Abwägung

369 Sollte es zu einer Situation kommen, in der wegen einer zu befürchtenden katastrophalen Überlastung der Intensivstationen die Verhältnismäßigkeit des indirekten Impfzwangs nicht als ausgeschlossen erscheint (Rn. 360), ließe sich ein indirekter Impfzwang allenfalls für die Altersgruppen rechtfertigen, aus denen die meisten Intensivpatienten zu erwarten sind. Für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene ist der indirekte Impfzwang auf jeden Fall unverhältnismäßig.

370 Wie oben gezeigt (Rn. 343 ff.), trägt die Impfung von Kindern und Jugendlichen zur Entlastung der Intensivstationen praktisch gar nichts, die Impfung von 18-29-Jährigen nur sehr wenig und auch die Impfung der 30-49-Jährigen nur relativ wenig bei. Der Gemeinwohlnutzen des Impfdrucks auf diese Jahrgänge ist derart gering, dass er evident unverhältnismäßig ist.

---

[194] Vgl. z.B. *BVerfGE* 75, 369 (380); *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 34 m.w.N.

371 Dies gilt für Kinder und Jugendliche in ganz besonderem Maße, weil bei ihnen der Gemeinwohlnutzen gegen Null tendiert. Kinder und in den meisten Bundesländern auch Jugendliche sind gegenwärtig von der Anwendung der 2G- und 3G-Regeln oft ausgenommen – dies aber nicht wegen des mangelnden Nutzens hinsichtlich der Abwendung einer Überlastung der Intensivstationen, sondern weil es bislang noch keinen zugelassenen Impfstoff (Kinder) und bis vor kurzem noch keine Impfempfehlung (Jugendliche) gab. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass auch diese Altersgruppen in die 2G- und 3G-Regeln einbezogen werden. Falls dies geschähe, wären die betreffenden Regeln evident unzumutbar und verfassungswidrig.

(3) Zwischenergebnis

372 Um das Ziel zu erreichen, eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, ist Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen, zwar ein geeignetes – aber, wie sich gezeigt hat, verfassungswidriges – Mittel. Der Einsatz dieses Mittels ist jedoch schon deshalb nicht erforderlich, weil die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen nicht besteht. Dass sich dies im weiteren Verlauf der Epidemie ändert, ist unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen. Abgesehen hiervon gibt es Möglichkeiten, die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, ohne die Freiheitsrechte nichtinfektiöser Menschen einzuschränken. Auch aus diesem Grunde ist der Impfdruck auf Ungeimpfte zur Abwehr der genannten Gefahr nicht erforderlich.

373 Völlig evident ist im übrigen das Fehlen der Erforderlichkeit in bezug auf Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene. Nur sehr wenige Menschen aus diesen Altersgruppen haben intensivbehandlungsbedürftige Krankheitsverläufe. Deshalb ist es eindeutig nicht erforderlich, sie zu impfen, um die Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden.

374 Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung (für die älteren Jahrgänge) – die Erforderlichkeit des indirekten Impfzwangs bejahte, wäre dieser verfassungswidrig, nämlich wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne. Der indirekte Impfzwang ist ein sehr schwerwiegender Eingriff in das auf die körperliche Integrität bezogene Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG beziehungsweise Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) und in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Dieser Eingriff ist wegen der mit den neuartigen COVID-19-Impfstoffen verbundenen Risiken, deren Art und Ausmaß insbesondere hinsichtlich denkbarer Langzeitfolgen ungeklärt ist, besonders gravierend und für Menschen, die über diese Risiken nachdenken, unter Umständen psychisch äußerst belastend.

375 Wegen der Neuartigkeit der verwendeten Impfstofftechnologien und wegen des beschleunigten Zulassungsverfahrens, das es – bei Erteilung der bedingten Zulassung bereits vor Ablauf eines Jahres ab Beginn der präklinischen Phase – nicht ermöglicht hat, längerfristig auftretende Schäden zu erkennen, hat die Verimpfung dieser Vakzine experimentellen Charakter – also den Charakter eines riesigen Humanexperiments ohne Einbettung in eine wissenschaftlich überwachte Studie. Jeder Mensch, der geimpft wird, ist Teilnehmer an einem Menschenversuch. Ohne Verstoß gegen die Menschenwürde ist dies nur

möglich bei völliger Freiwilligkeit. Daran fehlt es, wenn der Staat erheblichen Druck ausübt, sich impfen zu lassen.

376 Somit ist der indirekte Impfzwang zumindest dann auch im engeren Sinne unverhältnismäßig, wenn der staatlich ausgeübte Druck den Einzelnen mehr als geringfügig belastet. Solange keine konkrete Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen gegeben ist und solange der Staat nicht alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergriffen hat, dieses Ziel ohne einen Impfzwang zu erreichen, ist der staatliche Impfdruck evident unangemessen.

377 Hinsichtlich der unterschiedlichen Auswirkungen einer SARS-CoV-2-Infektion in den verschiedenen Altersgruppen kommt hinzu: Falls man – entgegen der hier vertretenen Position – den Impfdruck auf Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene als zur Vermeidung der Überlastung der Intensivstationen erforderlich ansähe, müsste man jedenfalls insofern die Angemessenheit verneinen. Denn der Beitrag, den die Impfung dieser Altersgruppen zur Vermeidung der Überlastung der Intensivstationen leisten, ist verschwindend gering. Die Nachteile des Impfzwangs für die Betroffenen überwiegen den potentiellen Gemeinwohlnutzen evident bei weitem.

3. Zweck: Schutz von Kontaktpersonen und der Allgemeinheit

378 Wie oben gezeigt (1., 2.), lässt sich der indirekte Impfzwang weder mit dem Ziel rechtfertigen, die Ungeimpften vor der Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen, noch mit dem Ziel, eine Überlastung der Intensivstationen mit COVID-19-Patienten zu vermeiden. Es bleibt zu prüfen, ob der staatliche Druck, sich impfen zu lassen, mit dem Ziel gerechtfertigt werden kann, die Epidemie einzudämmen und somit die Zahl der schweren COVID-19-Erkrankungen und -Todesfälle zu minimieren und zugleich Kontaktpersonen vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen.

379 Dieses Ziel wäre ein legitimes Gemeinwohlziel.

a) Geeignetheit

380 Die staatliche Impfpolitik hat immer wieder betont, dass eine hohe Impfquote für die Beendigung der Epidemie nötig sei, und in den Medien wird der Druck auf die Ungeimpften immer wieder damit begründet, dass die Rückkehr zur Normalität eine höhere Impfquote erfordere. Daher seien Menschen, die sich nicht impfen lassen, „unsolidarisch“ und dafür verantwortlich, dass die Epidemie andauere, dass die Notwendigkeit von Corona-Maßnahmen fortbestehe und dass Menschen an Corona stürben.

381 Diese Argumentation setzt voraus, dass die Impfung bei den Geimpften zu steriler Immunität führt und dass die Durchimpfung eines hinreichend großen Bevölkerungsteils zur Herdenimmunität führt. Dieses Konzept, mit dem führende Politiker einschließlich des Bundesgesundheitsministers immer noch argumentieren, hat sich eindeutig als falsch erwiesen. Es steht inzwischen fest, dass die Impfung selbst bei höchsten Impfquoten zu keiner Herdenimmunität führen wird, weil sie keine sterile Immunität erzeugt. Wir wissen heute mit Sicherheit, dass auch Geimpfte sich infizieren, infektiös werden und somit

andere Menschen anstecken können (s.o. Rn. 235 ff.). Der indirekte Impfzwang ist somit nicht geeignet, zum Entstehen einer Herdenimmunität beizutragen.

382 Allerdings scheint es nach gegenwärtigem Stand der Erkenntnisse so zu sein, dass frisch Geimpfte weniger häufig als Ungeimpfte das Virus weiterübertragen. Im Laufe der Zeit lässt diese Wirkung der Impfung aber nach, und die Wahrscheinlichkeit, dass Geimpfte das Virus aufnehmen und andere Menschen infizieren, scheint nach einigen Monaten nicht geringer zu sein als bei Ungeimpften (s.o. Rn. 238).

383 Im Hinblick auf diesen Unterschied lässt sich eine gewisse Eignung zur Eindämmung der Epidemie – nämlich zur Verminderung der Infektionsfälle in den ersten Monaten nach der Impfung – noch bejahen.

b) Erforderlichkeit

384 Zur Erreichung des letztgenannten Ziels – Eindämmung der Epidemie durch Verminderung der Infektionszahlen – lässt sich auch die Erforderlichkeit bejahen. Denn zur Minimierung der Infektionsfälle trägt die Impfung schon dann bei, wenn sie hierzu nur einen geringen Zusatznutzen erbringt. Andere Mittel, die ohne gravierende Freiheitseinschränkungen auskommen, ließen sich immer auch zusätzlich zu den Freiheitseinschränkungen einsetzen. Zur Erreichung des Minimierungsziels wäre der indirekte Impfzwang nur dann nicht erforderlich, wenn mit anderen Maßnahmen bereits das Virus ausgerottet werden könnte beziehungsweise auf andere Weise Neuerkrankungen unmöglich gemacht werden könnten. Derart effektive Alternativen gibt es jedoch nicht.

385 Nicht erforderlich ist der indirekte Impfzwang aber grundsätzlich zum Individualschutz, wie er mit dem Ziel der Minimierung der schweren Krankheitsverläufe und Todesfälle angestrebt wird. Jeder Mensch in Deutschland, der sich vor diesem Risiko schützen will, hat heute ein Impfangebot erhalten und kann es immer noch wahrnehmen. Indem der Staat, dessen Organe davon überzeugt sind, dass die Impfung wirksam gegen schwere COVID-19-Erkrankungen und gegen den Tod durch COVID-19 schützt, den Menschen die Impfmöglichkeit verschafft hat, hat er – in der Logik seiner eigenen Coronapolitik – seine eigene Schutzaufgabe erfüllt. Es ist damit nicht mehr Aufgabe des Staates, den Einzelnen vor der Erkrankung an COVID-19 durch Freiheitseinschränkungen Dritter zu schützen, sondern jeder Einzelne hat es in der Hand, sich selbst zu schützen, indem er sich impfen lässt.

386 Die Minimierung der Zahl der schweren Krankheitsverläufe und Todesfälle durch COVID-19 kann also jeder Ungeimpfte selbst für sich persönlich mit den Mitteln, die er selbst für richtig und angemessen hält, in die Hand nehmen. Wer sich impfen lassen will, kann sich impfen lassen, und wer meint, dass er sich selbst auf andere Weise angemessen schützen kann, dem darf der Staat den Schutz nicht aufzwingen (s.o. Rn. 289-291).

387 Zu einem früheren Zeitpunkt hat die Bundesregierung verlauten lassen, es bedürfe keiner Corona-Maßnahmen mehr, wenn jeder erwachsene Mensch in Deutschland ein Impfangebot erhalten habe. Das war richtig. Auf jeden Fall aber ist ein Impfzwang zu dem Zweck, andere Menschen davor zu schützen, dass sie sich infizieren und krank werden

oder sogar sterben, grundsätzlich nicht erforderlich, weil diese anderen Menschen entweder schon geimpft sind oder sich impfen lassen können.

388 Die Erforderlichkeit reduziert sich insofern auf den Schutz des Personenkreises, der sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen kann.

c) Angemessenheit

aa) Intensität der Beeinträchtigung

389 In wie schwerwiegender Weise der indirekte Impfzwang die Betroffenen belastet, habe ich oben (Rn. 304 ff., 324 ff.) bereits ausführlich dargelegt.

bb) Gemeinwohlnutzen

390 Da es nicht möglich ist, durch die Impfung Herdenimmunität zu erreichen, ist der Nutzen einer hohen Impfquote für die Allgemeinheit sehr viel geringer als ursprünglich angenommen. Das Ziel, die Epidemie zu beenden, kann so nicht erreicht werden. Der Gemeinwohlnutzen der Impfungen besteht also lediglich darin, die Zahl der Infektionen in gewissem Maße zu vermindern.

391 Auch insofern ist aber der Nutzen beschränkt. Denn wie schon mehrfach betont, wird das Virus auch durch Geimpfte verbreitet. Geht man davon aus, dass häufiger Ungeimpfte als Geimpfte andere Menschen infizieren (was sehr fragwürdig ist, s.o. Rn. 235 ff., 258), dann hängt der Umfang des Gemeinwohlnutzens des indirekten Impfzwangs davon ab, wie groß dieser Unterschied ist. Berücksichtigt man, dass dieser Unterschied weitgehend eingeebnet werden kann, wenn – wie bei Anwendung der 3G-Regel – die Ungeimpften getestet werden, schrumpft der Nutzen fast auf Null zusammen. Hinzu kommt, dass bei Geltung der 3G-Regel ja ausschließlich Ungeimpfte getestet werden, so dass das Virus durch Geimpfte unerkannt weiterverbreitet werden kann (s.o. Rn. 258). Dieser Umstand macht unter Umständen die Infektion durch Geimpfte wahrscheinlicher als die Infektion durch Ungeimpfte. Jedenfalls ist der Beitrag des Impfzwangs zur Verminderung der Zahl der Infektionen äußerst gering.

392 Demgemäß ist auch der Beitrag des indirekten Impfzwangs zur Minimierung der Zahl der Erkrankungen bei denjenigen Personen, die sich nicht impfen lassen können, gering. Dieser Personenkreis besteht bis jetzt hauptsächlich aus Kindern. Für diese gibt es noch keinen zugelassenen Impfstoff. Aber das Risiko, dass Kinder an COVID-19 schwer erkranken, ist minimal. Es ist geringer als beispielsweise bei Influenza.[195] Somit bleibt eine kleine Gruppe von schutzbedürftigen Personen übrig. Diese können das Risiko, an COVID-19 schwer zu erkranken, eigenverantwortlich reduzieren, indem sie ihr

195 2018 starben in Deutschland 16 Kinder bis 15 Jahren an Influenza, 2019 12 Kinder, https://www.kinderaerzte-im-netz.de/krankheiten/grippe-influenza/was-ist-eine-grippe-influenza/ (abgerufen am 1.10.2021). An COVID-19 sind seit Beginn der Epidemie bis Anfang April 2021 laut RKI 11 Kinder und Jugendliche im Alter zwischen 0 und 17 Jahren gestorben, BT-Drs. 19/28348, S. 2. Der Vorsitzende der STIKO, Thomas Mertens, sagte, kein Kind unter 17 Jahren sei ausschließlich an COVID-19 gestorben, FAZ 30.9.2021, https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/corona-impfung-fuer-kinder-stiko-chef-mertens-haelt-druck-fuer-absurd-17562410.html (abgerufen am 1.10.2021).

Immunsystem stärken, mit der Hygiene sorgfältig sind, gegebenenfalls auch Kontakte einschränken oder FFP2-Masken tragen.

393 Der Gemeinwohlnutzen des indirekten Impfzwang wird dadurch geschmälert, dass die Impfung das Entstehen natürlicher Immunität verhindert. Natürliche Immunität aber ist wirksamer und längerdauernd als die durch Impfung vermittelte Immunität.[196] Junge und gesunde Menschen können ohne großes Gesundheitsrisiko natürliche Immunität erwerben, und wenn die Berichte über die hohe Ansteckungswahrscheinlichkeit durch die Delta-Variante stimmen, werden sie das wahrscheinlich auch schnell tun.[197] Die Wahrscheinlichkeit, dass Ungeimpfte sich infizieren und andere Menschen anstecken können, nimmt daher ständig ab, weil es immer weniger nichtimmunisierte Ungeimpfte geben wird, während – wie oben gezeigt (Rn. 238) – die Wahrscheinlichkeit, dass Geimpfte andere Menschen anstecken, immer größer wird, weil sie ihren Übertragungsschutz schnell verlieren.

cc) Abwägung

394 Bei der Abwägung ist wiederum zu berücksichtigen, dass die Ungeimpften, auf die Druck ausgeübt wird, sich impfen zu lassen, für die zu minimierenden Corona-Risiken nicht verantwortlich sind. Sie sind Nichtstörer im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne und dürfen grundsätzlich nicht zur Abwehr von Gefahren herangezogen werden, die sie nicht verursacht haben. Wenn es aber – wie hier – gar nicht um Gefahrenabwehr geht, sondern um Risikominimierung unterhalb der Gefahrenschwelle, ist die Inanspruchnahme von Nichtstörern mit schwerwiegenden Freiheitseinschränkungen von vornherein unverhältnismäßig.

395 Politiker versuchen immer wieder, die Ungeimpften für die ihnen von Staats wegen auferlegten Nachteile verantwortlich zu machen: Wer sich nicht impfen lasse, müsse eben die Konsequenzen tragen.

396 Diese Argumentation dreht das grundgesetzliche Freiheitsprinzip um. Hier wird jeder Einzelne nur deshalb, weil er nicht der staatlichen Aufforderung, sich impfen zu lassen, folgt, als Gefährder der Allgemeinheit eingestuft und mit sehr schwerwiegenden Freiheitseinschränkungen belegt. Der Staat darf den Einzelnen nach dem Rechtsstaatsprinzip aber nur dann mit Freiheitseinschränkungen in Anspruch nehmen, wenn er darlegt und nachweist, dass der Betreffende für die abzuwendende Gefahr verantwortlich ist.

397 Im Vergleich zu den sehr schwerwiegenden Beeinträchtigungen, die der indirekte Impfzwang für die Betroffenen bedeutet, ist der Gemeinwohlnutzen gering, da es – wie gezeigt – unter dem Aspekt des hier diskutierten Gemeinwohlziels nur um Gesundheitsvorsorge, aber nicht um Abwehr konkreter Gefahren geht, und weil der Impfzwang zur

[196] Dazu z.B. *Meredith Wadman*, Having SARS-CoV-2 once confers much greater immunity than a vaccine – but vaccination remains vital, Science 26.8.2021, https://www.science.org/content/article/having-sars-cov-2-once-confers-much-greater-immunity-vaccine-vaccination-remains-vital?utm_content=buffercdc30&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer (abgerufen am 2.10.2021).

[197] So z.B. die Einschätzung von Bundesgesundheitsminister Jens Spahn, https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/126437/Spahn-Ungeimpfte-werden-ziemlich-sicher-infiziert-werden (abgerufen am 1.10.2021).

Minimierung der Infektionen und infolgedessen der Erkrankungen nur einen geringen Beitrag leistet.

398 Zudem wird dieser geringe Beitrag durch die Nachteile, die die Verhinderung der natürlichen Immunisierung hat, zu einem erheblichen Teil kompensiert, wenn nicht sogar überkompensiert.

399 Hinzu kommt, dass voraussichtlich demnächst mit dem Medikament Molnupiravir das Risiko ernsthafter Folgen einer SARS-CoV-2-Infektion halbiert werden kann (s.o. Rn. 135). Dies macht staatliche Interventionen mit Einschränkungen von Grundrechten zum Schutz vor COVID-19 erst recht unnötig.

400 Im übrigen ist im Rahmen der Angemessenheitsprüfung auch in diesem Kontext zu beachten, dass das eingesetzte Mittel des Drucks auf die Ungeimpften eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung mit den Geimpften ist (s.o. Rn. 243-260). Eine Freiheitseinschränkung kann aber nicht angemessen sein, wenn sie gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

401 Der indirekte Impfzwang ist also auch unter dem Aspekt des hier erörterten Zwecks unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

V. Zwischenergebnis

402 Die Ungleichbehandlung Ungeimpfter beim Zugang zum öffentlichen Leben im Rahmen der 2G- und 3G-Regeln sowie bezüglich der Quarantäne wirkt auf die Ungeimpften als staatlicher Druck, sich impfen zu lassen – als indirekter Impfzwang. Dieser greift in das Recht auf Selbstbestimmung über die körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG beziehungsweise Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) sowie in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) ein. Dieser Eingriff lässt sich nicht rechtfertigen und ist verfassungswidrig.

VI. Rechtliche Besonderheiten des Ausschlusses der Verdienstausfallentschädigung für Ungeimpfte

403 Wie oben dargelegt, ist der durch die Ungleichbehandlung Ungeimpfter beim Zugang zum öffentlichen Leben im Rahmen der 2G- und 3G-Regeln sowie bezüglich der Quarantäne bewirkte indirekte Impfzwang bereits ohne Berücksichtigung der Entscheidung der Gesundheitsminister, Ungeimpften künftig keine Verdienstausfallentschädigung bei Quarantäne zu gewähren, verfassungswidrig. Die Entscheidung, Ungeimpften künftig die Verdienstausfallentschädigung zu versagen, verstärkt den Druck, sich impfen zu lassen, zusätzlich ganz erheblich. Dieser zusätzliche Druck erhöht in der Abwägung das Gewicht der Nachteile, die von den Ungeimpften zu tragen sind. Das Abwägungsergebnis fällt bei Berücksichtigung dieses Umstands noch eindeutiger zugunsten der Ungeimpften aus.

404 Dies setzt freilich voraus, dass die Vorenthaltung der Verdienstausfallentschädigung in der Abwägung überhaupt zu berücksichtigen ist. Daran könnte man zweifeln, weil die staatlich gewährte Entschädigung – als solche betrachtet – kein Freiheitseingriff, sondern eine staatliche Leistung ist. Allerdings wirkt sich die Vorenthaltung einer Leistung dann

als (mittelbarer) Freiheitseingriff aus, wenn entweder die Leistung mit dem Ziel einer Verhaltenssteuerung – im Sinne eines negativen Anreizes, ein vom Staat gewünschtes Verhalten vorzunehmen – vorenthalten wird oder wenn ein Anspruch auf die Leistung besteht und die Vorenthaltung der Leistung wie eine Sanktion für eine vom Staat missbilligte Freiheitsausübung wirkt.

405 Die zuständigen Politiker haben ihre Entscheidung, ab November 2021 den Ungeimpften im Quarantänefall keine staatliche Verdienstausfallentschädigung mehr zu gewähren, damit begründet, dass nicht einzusehen sei, dass die Allgemeinheit die Kosten für eine Absonderung für Personen trage, die die Absonderung selbst zu verantworten hätten, weil sie sich nicht hätten impfen lassen.[198] Es gehe um Fairness gegenüber den Geimpften, sagte Bundesgesundheitsminister Jens Spahn. Warum, so Spahn, sollten andere dafür zahlen, dass jemand für sich entscheide, sich nicht impfen zu lassen.[199]

406 Diese Argumentation ist grundrechtlich absurd. Die Absonderung ist nicht die Folge des Verhaltens des Einzelnen, sondern die Folge freiheitseinschränkender staatlicher Maßnahmen. Es ist der Staat, der Menschen in Quarantäne schickt, auch wenn sie völlig gesund sind, nicht mit SARS-CoV-2 infiziert sind und niemanden anstecken können. Wenn solche Menschen zur Risikominimierung in Quarantäne müssen, dann wird ihnen ein dem Allgemeinwohl dienendes Sonderopfer auferlegt. Dieses bedarf einer Entschädigung als Kompensation für die Folgen der staatlichen Freiheitseinschränkung.

407 Dass die quarantänepflichten Ungeimpften in jedem Fall – also auch dann, wenn sie weder krank noch infektiös sind – keine Entschädigung bekommen, hat nichts mit einer von ihnen zu verantwortenden Gesundheitsgefahr, sondern allein mit der staatlichen Pandemiepolitik zu tun. Dem Einzelnen wird die Impfung abverlangt als Voraussetzung dafür, dass er die staatlich angeordnete Einsperrung in die häusliche Quarantäne vermeiden kann, die er andernfalls auch dann erdulden muss, wenn er gesund und nicht infektiös ist.

408 Die Kosten, die dem Einzelnen in Form des Verdienstausfalls durch die Quarantäne entstehen, werden ihm nicht auferlegt, weil er durch sein Verhalten eine durch die Quarantäne abzuwehrende Gefahr verursacht hat, sondern weil er sich nicht hat impfen lassen. Auf diese Weise wirkt die Vorenthaltung der sonst vorgesehenen – und hier auch verfassungsrechtlich gebotenen – Entschädigung als Sanktion für die Unterlassung der Impfung. Sie ist also eine Maßnahme des indirekten Impfzwangs, und eine solche Maßnahme ist – wie oben schon gezeigt (F.I.-V.) – verfassungswidrig.

409 Die Vorenthaltung der Verdienstausfallentschädigung verstärkt den Druck auf die Ungeimpften, sich impfen zu lassen, erheblich. Viele Menschen können so in äußerst starke wirtschaftliche Bedrängnisse kommen. Für sie kann auf diese Weise die Zwangswirkung des Impfdrucks fast unwiderstehlich werden. Die Vorenthaltung der Verdienstausfallentschädigung für quarantänepflichtige Ungeimpfte verstärkt daher das Gewicht der Freiheitseinschränkungen bei der Abwägung (Rn. 304 ff.) noch erheblich. Der ohnehin schon verfassungswidrige indirekte Impfzwang wird so noch eindeutiger verfassungswidrig.

---

198 Vgl. die Begründung des Beschlusses der GMK (Fn. 5).

199 Spahn: Geplantes Ende von Entschädigung bei Quarantäne ist richtig, Deutschlandfunk 22.9.2021, https://www.deutschlandfunk.de/spahn-geplantes-ende-von-entschaedigung-bei-quarantaene-ist.1939.de.html?drn:news_id=1304097 (abgerufen am 27.9.2021).

410 Mit dieser Maßnahme setzt der Staat in besonders deutlicher und zynischer Weise die Impfung als „Tor zur Freiheit“ ein. Die Impfung wird zur Voraussetzung gemacht, seine Freiheitsrechte wahrzunehmen, obwohl es hierfür keine verfassungsrechtlich tragfähige Rechtfertigung gibt, wie oben (Kapitel C., E., F.) gezeigt wurde. Damit wird das Freiheitsverständnis des Grundgesetzes umgedreht: Der Einzelne ist nicht mehr kraft seiner Menschenwürde frei, sondern er ist frei, weil er sich einem staatlichen Ansinnen unterwirft, dem Ansinnen, sich impfen zu lassen.

G. Gesamtergebnis

411 Die Benachteiligung der Ungeimpften im Rahmen der Regelungen über den Zugang zum öffentlichen Leben sowie im Rahmen der Quarantäne-Regeln verletzt die Grundrechte der Betroffenen und ist verfassungswidrig.

H. Zusammenfassung

Das Gutachten untersucht die 2G- und 3G-Regeln sowie die Ungleichbehandlung der Ungeimpften bezüglich der Quarantänepflichten auf ihre Verfassungsmäßigkeit und kommt zu dem Ergebnis, dass diese Regeln verfassungswidrig sind.

Die Regeln über Verbote beziehungsweise Erschwerungen des Zugangs zum öffentlichen Leben für Ungeimpfte (2G und 3G) werden zunächst unter dem Aspekt untersucht, ob diese Freiheiteinschränkungen für sich betrachtet (ohne Rücksicht auf die Ungleichbehandlung mit den Geimpften) verfassungsmäßig sind (I.). Sodann wird geprüft, ob sich die Ungleichbehandlung mit den Geimpften rechtfertigen lässt (II.) und schließlich, ob der mit der Ungleichbehandlung erzeugte Druck, sich impfen zu lassen, mit dem Grundgesetz vereinbar ist (III.) In diese Prüfung wird auch die Ungleichbehandlung hinsichtlich der Quarantäne einbezogen. Auf allen drei Ebenen stellt das Gutachten die Verfassungswidrigkeit der untersuchten Regelungen fest.

I. 2G und 3G als verfassungswidrige Freiheitseinschränkungen

Durch die 2G-Regel werden Ungeimpfte vom Zugang zum öffentlichen Leben ausgeschlossen. Durch die 3G-Regel wird ihnen dieser Zugang erschwert, ganz besonders dann, wenn sie – wie ab 11.10.2021 vorgesehen – die als Zugangsvoraussetzung verlangten Tests selbst bezahlen müssen.

Diese Regelungen schränken die Freiheit der Ungeimpften auf schwerwiegende Weise ein. Bei Anwendung der 2G-Regel sind Ungeimpfte fast vom gesamten öffentlichen Leben ausgeschlossen, nämlich z.B. von Kino-, Theater-, Opern- oder Konzertbesuchen, von der Teilnahme an Sportveranstaltungen, an Kongressen, an Vortragsveranstaltungen. Sie dürfen keinen Kaffee im Café mehr trinken, nicht in die Kantine zum Mittagessen gehen und nicht im Restaurant speisen. Bei Anwendung der 3G-Regel sind ihnen all diese Aktivitäten durch die Notwendigkeit, einen tagesaktuellen Test vorzulegen, wesentlich erschwert. Spontane Entscheidungen, z.B. in eine Kneipe zu gehen, sind praktisch nicht mehr möglich. Außerdem wird sehr vielen Menschen durch die Kostenpflichtigkeit der nötigen Tests die Wahrnehmung ihrer Freiheitsausübung praktisch unmöglich gemacht. Im übrigen wird sie so teuer, dass die Betreffenden größtenteils darauf verzichten werden – beispielsweise, wenn ein Cappuccino im Café nicht mehr für drei Euro zu haben ist, sondern einschließlich des Preises für den Test 18 oder 20 Euro kostet, oder wenn die Kosten für den Kinobesuch sich einschließlich des Tests mehr als verdoppeln.

Durch diese Freiheitseinschränkungen sind etliche Grundrechte betroffen, in der Regel die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), aber je nach Umständen auch z.B. die Berufsfreiheit oder das Recht auf Ausbildung (Art. 12 Abs. 1 GG), die Wissenschaftsfreiheit oder die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG).

Diese Grundrechtseinschränkungen wären nur dann gerechtfertigt, wenn sie auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage beruhten und in jeder Hinsicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprächen. Dies ist nicht der Fall.

Die Freiheitseinschränkungen sind schon deshalb rechtswidrig, weil sie das Bestehen einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung voraussetzen. Diese Lage wurde zwar vom Bundestag festgestellt, so dass die Feststellung als formelle Voraussetzung erfüllt ist. Maßnahmen nach § 28a IfSG dürfen aber nur dann ergriffen werden, wenn auch die materiellen Kriterien einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erfüllt sind. Dies ist nicht der Fall.

Abgesehen hiervon sind die Freiheitseinschränkungen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar. Zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen sind die 2G- und 3G-Regeln nicht erforderlich, weil es eine Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen zur Zeit nicht gibt und weil dem Entstehen einer solchen Gefahr mit anderen – die Freiheit von Personen, die für die Entstehung dieser Gefahr nicht verantwortlich sind („Nichtstörer“), nicht einschränkenden – Mitteln entgegengewirkt werden kann.

Abgesehen hiervon ist der generelle Ausschluss der Ungeimpften vom Zugang zum öffentlichen Leben im Sinne der 2G-Regel im engeren Sinne unverhältnismäßig. Auch die 3G-Regel ist in ihrer kostenpflichtigen Variante mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar. Das ergibt sich schon daraus, dass der Einzelne hier nicht nur – entgegen dem rechtsstaatlichen Freiheitsprinzip – seine Ungefährlichkeit mit Hilfe des Tests beweisen muss, sondern dass ihm zusätzlich die Kosten für die – eigentlich dem Staat obliegende – Beweisführung auferlegt werden, ohne dass diese Kostenpflicht sich infektionsschutzrechtlich rechtfertigen ließe. Der Einzelne muss sich, um die ihm kraft seiner Menschenwürde garantierte Freiheit ausüben zu können, mit dem Test sozusagen eine Eintrittskarte kaufen.

Soweit der Staat die 2G- und 3G-Regeln damit rechtfertigen will, dass sie der Minimierung der schweren Krankheitsverläufe und Todesfälle dienten, geht es nicht um Gefahrenabwehr, sondern um Optimierung des Gesundheitsschutzes im Sinne einer Risikovorsorge unterhalb der Gefahrenschwelle. Um Risiken zu bekämpfen, die nicht ganz erheblich größer sind als die allgemeinen Lebensrisiken, die seit jeher akzeptiert sind und den Staat noch nie zu Interventionen durch Freiheitsbeschränkungen für die Allgemeinheit bewogen haben, darf nicht die Freiheit von Menschen eingeschränkt werden, die für diese Risken nicht verantwortlich sind. Mit 2G und 3G aber schränkt der Staat die Freiheit von „Nichtstörern“ ein, von Menschen, die nicht infektiös und daher nicht verantwortlich für Infektionsgefahren sind. Die Freiheit ist dem Einzelnen nach dem Grundgesetz kraft seiner Menschenwürde garantiert. Er erhält sie nicht erst dann von der Obrigkeit zugeteilt, wenn er beweisen kann, dass er vom Staat definierte Kriterien für seine Ungefährlichkeit erfüllt.

Schon das Freiheitsprinzip gibt insoweit das Abwägungsergebnis vor. Der Einzelne ist für die Senkung allgemeiner Lebensrisiken nicht verantwortlich, und der Staat darf ihn nicht durch Freiheitseinschränkungen dafür in Anspruch nehmen. Der Staat mag, wenn er dies für richtig hält, durch Ausbau des Gesundheitssystems und andere – nicht freiheitseinschränkende Maßnahmen – die vorhandenen Gesundheitsrisiken einschließlich derer durch SARS-CoV-2 minimieren. Aber Freiheitseinschränkungen zur Minimierung von Risiken, die unterhalb des Levels allgemein akzeptierter allgemeiner Lebensrisiken bleiben, sind immer unverhältnismäßig, wenn sie sich gegen Personen richten, die diese Risiken nicht verursachen.

In ganz besonderem Maße unverhältnismäßig sind die mit den 2G- und 3G-Regeln bewirkten Freiheitseinschränkungen im übrigen für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene. Denn in diesen Altersgruppen führt die Infektion mit SARS-CoV-2 fast nie beziehungsweise selten zur Erforderlichkeit einer Intensivbehandlung. Diese Altersgruppen vom Zugang zum öffentlichen Leben auszuschließen, oder ihnen den Zugang durch kostenpflichtige Tests zu erschweren, trägt zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen praktisch nichts bei.

II. Die Benachteiligung Ungeimpfter gegenüber Geimpften und Genesenen durch die 2G- und 3G-Regeln sowie die Quarantänepflichten

In den 2G- und 3G-Modellen werden Ungeimpfte im Vergleich zu Geimpften und Genesenen ungleich behandelt. Geimpfte und Genesene haben uneingeschränkt Zugang zu Veranstaltungen, Einrichtungen, Restaurants usw., während Ungeimpften der Zugang vollständig verboten (2G) oder nur bei Vorlage des Nachweises eines negativen Tests erlaubt ist (3G). Auch bei der Quarantäne werden Geimpfte und Genesene im Vergleich zu Ungeimpften bevorzugt.

Diese Ungleichbehandlungen wären verfassungsmäßig, wenn sie sich durch einen legitimen Gemeinwohlzweck rechtfertigen ließen. Dies ist – wie die Untersuchung zeigt – nicht möglich.

Kein legitimer Zweck wäre es, mit dem Mittel der Benachteiligung die Impfung zu erzwingen. Als legitimer Zweck der 2G- und 3G-Regeln sowie auch der Quarantäne-Regeln kommt jedoch in Betracht, einer unterschiedlichen Infektiosität von Geimpften und Ungeimpften Rechnung zu tragen.

Die unterschiedliche Behandlung der Geimpften und der Ungeimpften wäre im Hinblick auf das Ziel, die Epidemie einzudämmen und auf diese Weise eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden und die Zahl der schweren Erkrankungen und Todesfälle zu minimieren, gerechtfertigt, wenn die Geimpften durch die Impfung sterile Immunität erlangt hätten und nur die Ungeimpften sich infizieren und das Virus weiterverbreiten könnten.

Nach dem heutigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ist diese Voraussetzung eindeutig nicht gegeben. Die Impfung vermittelt keine sterile Immunität. Auch Geimpfte können sich infizieren, infektiös werden und andere Menschen anstecken. Es gibt Hinweise darauf, dass die Geimpften in der ersten Zeit nach Wirksamwerden der Impfung sich weniger häufig infizieren als Ungeimpfte, aber im zeitlichen Abstand zur Impfung verringert sich offenbar dieser Unterschied, und nach einer neuen Studie sind die Geimpften vier Monate nach der Impfung praktisch genauso häufig infektiös wie Ungeimpfte.

Deshalb lässt sich eine kategoriale Ungleichbehandlung von Geimpften und Ungeimpften bei Regeln über den Zugang zum öffentlichen Leben und auch bezüglich der Quarantänepflichten nicht mit Sachgesichtspunkten des Infektionsschutzes rechtfertigen. Auch deshalb sind die 2G- und 3G-Regeln verfassungswidrig, ebenso die auf Ungeimpfte beschränkten Quarantänepflichten.

III. Die diskriminierende Ungleichbehandlung Ungeimpfter als indirekter Impfzwang

Mittels der Benachteiligung der Ungeimpften beim Zugang zum öffentlichen Leben durch die 2G- und 3G-Regeln sowie durch die nur für Ungeimpfte geltenden Quarantänepflichten wird ein starker Druck auf die Ungeimpften ausgeübt, sich impfen zu lassen. Dieser Druck wird noch verstärkt durch den Wegfall der Verdienstausfallentschädigung für Ungeimpfte, die als Reiserückkehrer oder wegen Kontakts mit Infizierten in Quarantäne müssen. Dieser Druck wirkt als indirekter Impfzwang. Zwar ist niemand rechtlich verpflichtet, sich impfen zu lassen, aber für viele Menschen ist die indirekte Zwangswirkung der Freiheitseinschränkungen, die ihnen auferlegt sind, weil sie ungeimpft sind, und von denen sie sich durch die Impfung befreien können, so stark, dass sie sich gegen ihren eigentlichen Willen impfen lassen.

Der mit der Verknüpfung von weitreichenden Freiheitseinschränkungen mit der Möglichkeit, seine Freiheit durch die Impfung „zurückzuerhalten“, bewirkte Impfdruck ist verfassungsrechtlich als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG beziehungsweise Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) sowie als Eingriff in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) einzustufen.

Dieser Eingriff wäre verfassungsmäßig, wenn er sich anhand eines verfassungsrechtlich legitimen Gemeinwohlziels rechtfertigen ließe. Dies ist aber nicht möglich.

Als legitimes Gemeinwohlziel kommt es nicht in Betracht, die Ungeimpften, auf die man Druck ausübt, vor einer Infektion zu schützen. Sie können kraft ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts autonom entscheiden, welchen Risiken für ihre Gesundheit und ihr Leben sie sich aussetzen und welche Risiken sie vermeiden wollen.

Als legitimes Ziel des indirekten Impfzwangs kommt aber die Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen in Betracht. Gegenwärtig ist jedoch zur Erreichung dieses Ziels der Druck auf die Ungeimpften schon deshalb nicht erforderlich, weil es keine Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen durch COVID-19-Patienten gibt. Außerdem kann einer solchen Gefahr durch andere – nicht die Freiheit von Nichtstörern einschränkende – Maßnahmen vorgebeugt werden.

Zudem wäre, wenn man in einer anderen epidemischen Lage eine Gefahr bejahen könnte, die Erstreckung des indirekten Impfzwangs auf Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene nicht erforderlich. Diese Altersgruppen müssten auf jeden Fall von den Impfdruck ausübenden Freiheitseinschränkungen ausgenommen werden, weil sie zur Auslastung der Intensivstationen mit COVID-19-Patienten praktisch nichts (Kinder, Jugendliche) oder sehr wenig (junge Erwachsene) beitragen.

Sofern man die Erforderlichkeit des Impfdrucks bezogen auf das Ziel der Vermeidung der Überlastung der Intensivstationen bejahen könnte, wäre der indirekte Impfzwang

jedenfalls im engeren Sinne unverhältnismäßig (unangemessen). Denn die Beeinträchtigung der Betroffenen ist außerordentlich groß. Das ergibt sich schon daraus, dass ein nicht konsentierter Eingriff in die körperliche Integrität zur Erreichung öffentlicher Zwecke die Persönlichkeit des Einzelnen zutiefst betrifft und seine Menschenwürde tangiert. Von der nichtgeimpften Person aber geht keine Gefahr aus. Es ist eine Perversion des Rechtsstaatsprinzips, alle Ungeimpften als Gefährder anzusehen und in ihre körperliche Integrität einzudringen, um Zwecke der Allgemeinheit zu verfolgen.

Für den Einzelnen ist dieser Eingriff in die körperliche Integrität vor allem im Hinblick auf die mit ihm verbundenen schwerwiegenden Gesundheitsrisiken unzumutbar. Die Risiken der Impfung werden von der Bundesregierung, vom Paul-Ehrlich-Institut und von der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) zwar als wesentlich geringer bewertet als die Risiken einer Infektion mit SARS-CoV-2. Dies ist in diesem Zusammenhang aber irrelevant, denn jeder Einzelne entscheidet kraft seiner Autonomie, welchen Risiken er sich aussetzen will und wie er diese Risiken bewertet. Wer für sich persönlich – weil er sein Immunsystem für gesund und stabil hält und keine Vorerkrankungen hat – die Risiken der möglichen Impfnebenwirkungen für sehr viel größer als die möglichen Vorteile der Impfung hält, kann durch den indirekten Impfzwang in eine unerträgliche psychische Zwangslage versetzt werden.

Hinzu kommt, dass denkbare Langzeitrisiken der neuartigen COVID-19-Vakzine noch gar nicht systematisch ermittelt werden konnten. Über solche Risiken wissen wir nichts. Die massenhaften Impfungen haben insofern den Charakter eines riesigen Humanexperiments. Eine direkte Impfpflicht verstieße deshalb eindeutig gegen die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG). Beim indirekten Impfzwang ist jedenfalls in der Abwägung zu berücksichtigen, dass die Teilnahme an einem medizinischen Menschenversuch nicht erzwungen werden darf.

Der indirekte Impfzwang wiegt in der Abwägung zumindest dann, wenn der staatlich ausgeübte Druck den Einzelnen mehr als geringfügig belastet, schwerer als der mögliche Nutzen, den der Impfdruck für die Allgemeinheit hat, zumal es viele Möglichkeiten gibt, das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen zu verringern, ohne die Menschen zur Impfung zu zwingen.

Auch mit dem Ziel, die Epidemie einzudämmen und somit die Zahl der schweren COVID-19-Erkrankungen und -Todesfälle zu minimieren und zugleich Kontaktpersonen vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen, kann der indirekte Impfzwang nicht gerechtfertigt werden.

Schon die Eignung des Impfzwangs zur Erreichung dieses Ziels lässt sich bezweifeln. Denn die Hoffnung, eine hohe Impfquote werde zur Herdenimmunität führen und so die Epidemie beenden, hat sich zerschlagen. Da auch Geimpfte sich infizieren und das Virus weiterverbreiten können, wird es keine durch Impfung erzeugte Herdenimmunität geben. Da nach gegenwärtigem Stand der Erkenntnisse frisch Geimpfte weniger häufig als Ungeimpfte das Virus weiterübertragen, ist es aber vertretbar, eine gewisse Eignung der Impfung zur Eindämmung der Epidemie – nämlich zur Verminderung der Infektionszahlen in den ersten Monaten nach der Impfung – noch zu bejahen.

Unter diesem Aspekt kann auch die Erforderlichkeit einer Steigerung der Impfquote noch bejaht werden.

Nicht erforderlich ist der indirekte Impfzwang aber grundsätzlich zum Individualschutz. Denn jeder Einzelne kann sich heute gegen SARS-CoV-2-Infektionen selbst schützen, indem er sich freiwillig impfen lässt. Freiheitseinschränkungen für Nichtinfizierte zum Schutz der Allgemeinheit sind daher nicht mehr nötig. Wer sich durch Impfung schützen will, schützt sich, und wer sich nicht impfen lassen will, nimmt die Risiken in Kauf, die er durch die Impfung vermeiden könnte. Die Erforderlichkeit reduziert sich insofern auf den Schutz des Personenkreises, der sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen kann. Dieser Personenkreis kann aber, soweit er die Risiken einer SARS-CoV-2-Infektion fürchtet, sich selbst mit anderen Mitteln als einer Impfung vor der Infektion schützen, und der Staat könnte – falls nötig – dafür auch Hilfe zur Verfügung stellen.

In der Abwägung haben die Rechte der Ungeimpften auf Selbstbestimmung sowie auf Leben und körperliche Unversehrtheit größeres Gewicht als der Schutz anderer Menschen, deren COVID-19-Risiko nicht größer ist als andere Risiken, denen alle Menschen ausgesetzt sind, ohne dass der Staat mit Freiheitseinschränkungen für andere Menschen, die diese Risiken nicht verursacht haben, interveniert.

Die Vorenthaltung der Verdienstausfallentschädigung für quarantänepflichtige Ungeimpfte verstärkt das Gewicht der Freiheitseinschränkungen bei der Abwägung noch erheblich. Der ohnehin schon verfassungswidrige indirekte Impfzwang wird so noch deutlicher verfassungswidrig. Mit dieser Maßnahme setzt der Staat in besonders deutlicher und zynischer Weise die Impfung als „Tor zur Freiheit“ ein. Die Impfung wird zur Voraussetzung gemacht, seine Freiheitsrechte wahrzunehmen, obwohl es hierfür keine verfassungsrechtlich tragfähige Rechtfertigung gibt. Damit wird das Freiheitsverständnis des Grundgesetzes umgedreht: Der Einzelne ist nicht mehr kraft seiner Menschenwürde frei, sondern er ist frei, weil er sich einem staatlichen Ansinnen unterwirft, dem Ansinnen, sich impfen zu lassen.

Fazit:

Alle Benachteiligungen der Ungeimpften durch die 2G- und 3G-Regeln sowie durch die Vorenthaltung einer Quarantäneentschädigung lassen sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen und müssen sofort aufgehoben werden.